

## COORDINACIÓN DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESTATALES Y PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN

*José Carlos Fernández Rozas*<sup>1</sup>

Sumario: I. Introducción. II. Contradicción normativa entre los Derechos aplicables y afectación a los derechos subjetivos de los particulares. 1. Grupos normativos y especialización. 2. Técnicas de ajuste y de adaptación. 3. Elementos comunes: aplicación distributiva o cumulativa de varias leyes nacionales a la misma situación. III. Adaptación del Derecho material. 1. Transposición: A) Caracterización; B) Efectos en el foro de los matrimonios poligámicos y entre parejas del mismo sexo; C) Equivalencia de adopciones y otras figuras que no establecen un vínculo de filiación; D) Eficacia del *trust* en el Derecho sucesorio; E) Otros supuestos. 2. Sustitución: A) Caracterización; B) Derecho de la persona: disparidad del régimen de los apellidos; C) Equivalencia funcional en los supuestos de crisis matrimonial; D) Sustitución de instituciones sucesorias. IV. Adaptación de las normas de conflicto. 1. Contradicción normativa entre los Derechos aplicables: A) Caracterización; B) Determinación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. 2. Soluciones generales en presencia. 3. Respuestas de los sistemas de Derecho internacional privado.

### I. Introducción

1. En el Derecho internacional privado (DIPr) los problemas de coordinación entre los diversos ordenamientos jurídicos estatales<sup>2</sup> aparecen en buena medida en el

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho internacional privado y de Derecho comparado.

<sup>2</sup> Entendidos como "sistemas normativos unitarios y globales, portadores de la solución concreta" al supuesto del tráfico externo. Cf. P. PICONE, "La méthode de la reference à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *R. des C.*, t. 197, 1986, pp. 229 ss, esp. 269 y 271; *id.*, "Les

momento de la aplicación de las normas de conflicto y, correlativamente, del Derecho material por ellas reclamado. Dicha coordinación ambiciona satisfacer uno de los objetivos esenciales de este ordenamiento, cual es asegurar la armonía y la continuidad de las relaciones jurídicas en las transacciones privadas internacionales, pese a la diversidad de los Derechos en presencia. El método conflictual tal como fuera enunciado por Savigny, que en términos más actuales puede definirse como un procedimiento basado en la localización de las relaciones jurídicas<sup>3</sup>, ha demostrado a lo largo de la historia su imposibilidad para prever todos los supuestos en que las normas jurídicas extranjeras designadas por la norma de conflicto tengan necesidad de adaptarse a la legislación del foro. También ha exteriorizado la variedad de los correctivos funcionales materiales en el proceso de aplicación de dicha norma que han ido apareciendo con la puesta en práctica del denominado “procedimiento de atribución”<sup>4</sup> y que no pueden ocultar una tendencia manifiesta a la aplicación de la *lex fori*, aunque pretendan cumplir con las exigencias de la justicia material frente a la previsibilidad.

La jurisprudencia estatal y la moderna codificación interna e internacional han ido llenando paulatinamente las imprevisiones del método conflictual clásico, como se puso de relieve en México el CCDF, tras la reforma de 1988, y con el propio Proyecto de Código modelo de DIPr de 2006<sup>5</sup> que, pese a contemplar distintos procedimientos de solución de los problemas relativos a la ley aplicable, se decanta por una posición predominantemente conflictual<sup>6</sup>. Ello justifica el amplio tratamiento deparado a los denominados “problemas de aplicación de la norma de conflicto” que se regulan esencialmente en los arts. 4 a 7 de dicho Proyecto. Dentro de esta amplitud resulta muy llamativo para el foráneo el tratamiento dispensado a una de las instituciones más complejas y controvertidas del DIPr y, curiosamente, menos reguladas en el panorama comparado, como es la adaptación, “un correctivo de los correctivos arbitrados para lograr el eficaz funcionamiento de las normas de conflicto”<sup>7</sup>.

---

méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé (Cours général de droit international privé)”, *R. des C.*, t. 276, 1999, pp. 120–122. Más recientemente, P. MAYER, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé (Cours général de droit international privé)”, *ibid.*, t. 327, 2007, pp. 34–47.

<sup>3</sup> P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, Georg, 1985, pp. 201 ss; P. PICONE, “Les méthodes de coordination...”, *loc. cit.*, pp. 35 ss.

<sup>4</sup> Y que como denunciara F.K. JUENGER son una prueba evidente del carácter inapropiado de este procedimiento de reglamentación (“General Course of Private International Law”, *R. des C.*, t. 193, 1985, pp. 191–206).

<sup>5</sup> El texto de este importante esfuerzo codificador se incluye en la *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 20, 2006, pp. 73–125 y en el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)*, t. VI, 2006, pp. 1242 ss.

<sup>6</sup> *Vid.* el estudio introductorio de J.A. SILVA, *ibid.*, pp. 1221–1240.

<sup>7</sup> Cf. E. PÉREZ VERA, “El Derecho del foro ante el método de atribución”, *Estudios de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado. Homenaje al Profesor Sela Sampól*, t. II, Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1970, p. 928.

2. La adaptación ha sido durante muchas décadas exponente paradigmático de algunas insuficiencias del método conflictual<sup>8</sup> y, a la vez, demostrativo de cómo la flexibilidad de las técnicas de solución contribuye a una respuesta adecuada a la reglamentación de las relaciones privadas internacionales<sup>9</sup>. No en vano se ha llegado a afirmar que entre la técnica de la adaptación y la propia de las normas materiales de DIPr la distancia no es especialmente significativa<sup>10</sup>.

En total coherencia con lo dispuesto en el art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr de 1979, suscrita por México, el art. 14.IV CCDF redactado tras la reforma de 1988 establece, dentro de lo que se ha considerado su aportación más importante, que

“Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto”.

El tenor de dicho texto<sup>11</sup>, que ha llegado a ser incluido entre los logros máximos del DIPr interamericano<sup>12</sup>, aconseja volver sobre una cuestión clásica de este ordenamiento, desde una perspectiva esencialmente eurocentrista originaria de la cuestión que tenga muy en cuenta los planteamientos doctrinales realizados en América Latina<sup>13</sup>, con el objeto de señalar las posibilidades que la norma proyectada en una futura ordenación del tráfico externo mexicana.

3. La técnica conocida en el DIPr con la denominación de “ajuste” o “adaptación”<sup>14</sup> responde, en efecto, al problema de la incompatibilidad de normas pertene-

---

<sup>8</sup> Ph. FRANCESCAKIS, *Le théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958, pp. 52–53.

<sup>9</sup> N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 12.

<sup>10</sup> A.E. VON OVERBECK, “Les règles de droit international privé matériel”, *De conflictu legum. Essays presented to R.D. Kollewijn / J. Offerhaus*, Leiden, Sythoff, 1962, pp. 362–379, esp. p. 364.

<sup>11</sup> Reproducido en el art. 5.f Código modelo de DIPr mexicano, dentro de un amplio tratamiento de los referidos problemas generales. Vid. L. PEREZNIETO CASTRO, “Anteproyecto de reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de Derecho internacional privado”, *Revista Mexicana de Justicia*, vol. V, nº 1, 1987, pp. 168 ss.

<sup>12</sup> W. GOLDSCHMIDT, “Un logro americano en el campo convencional del Derecho internacional privado”, *El Derecho* (Buenos Aires), nº 4763, 24 de julio de 1979, p. 3, donde indica las ventajas del carácter amplio de la redacción del precepto.

<sup>13</sup> Para T. B. de MAEKELT, “cualquiera que sea su calificación, la adaptación es una de las figuras centrales en el Derecho Internacional Privado actual” (cf. *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 294).

<sup>14</sup> Es pacífica la aceptación de que el primero que apuntó las cuestiones que ahora nos ocupan fue el jurista alemán E. ZITELMANN en el vol. I de su manual publicado en 1897 donde afirmaba que la aplicación concurrente de diferentes sistemas jurídicos declarados aplicables podía conducir, en ciertos casos, a la existencia de “normas discrepantes”, indicando que, en tal caso, el juez debería proceder a una labor de *angleichung* (adecuación o adaptación) de tales normas. Dentro de los desarrollos posteriores de esta materia cabe citar las aportaciones en Alemania de M. WOLFF, L. RAAPE (“Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé”, *R. des C.*, t. 50, 1934, pp. 403–539, esp. pp. 496–517) y H. LEWALD (“Règles générales des conflits de lois. Contributions à la technique du droit international privé”, *R. des C.*, t. 69, 1939–III, pp. 1 ss). En Francia,

cientes a diversas categorías, que deben ser aplicadas simultáneamente (II) y conlleva una operación de integración de normas de Derecho extranjero en el foro, bien a través de una interpretación adecuada del Derecho material (III) o merced a una adaptación de la norma de conflicto para que ésta conduzca a un Derecho material compenetrado (IV), aunque ambas técnicas incorporen elementos comunes. Es una técnica que pese a su abundante tratamiento jurisprudencial no ha tenido un tratamiento muy extendido en las reglamentaciones de DIPr.

## II. Contradicción normativa entre los Derechos aplicables y afectación a los derechos subjetivos de los particulares

### 1. Grupos normativos y especialización

4. Desde la perspectiva del método de atribución, el estudio los problemas generales de aplicación de la norma de conflicto se efectúa a partir de un modelo normativo que ha presentado hasta tiempos recientes un relativo grado de generalidad o abstracción por cuanto que, en un precepto generalmente escueto, se pretendían resolver los problemas de tráfico externo que involucraban instituciones generadoras de una gran variedad de problemas para cuya solución era necesario poner en marcha un considerable desarrollo normativo. Como consecuencia de semejante grado de generalidad se derivaba inmediatamente el carácter abstracto de este método; por decirlo de otro modo, su alejamiento de las circunstancias concretas que presentan los diversos supuestos litigiosos.

Por otra parte, la generalidad en la formulación de una norma de conflicto constituye una opción de política legislativa que puede hallarse justificada en determinados objetivos materiales. Dicha generalidad ha sido invocada como instrumento propiciatorio del reconocimiento o regulación adecuada de institutos jurídicos creados a tenor del Derecho extranjero y de difícil cabida en el Derecho o en las concepciones del foro. Un segundo argumento en favor de la generalidad de la norma de conflicto radicaba en el denominado por la doctrina francesa “respeto a los grupos normativos” o a la unidad en la reglamentación de las instituciones. Evitando la fragmentación en la regulación del supuesto, a través de normas de con-

---

P. MAYER y V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9ª ed., París Montchrestien, 2007, pp.182–189; D. BUREAU y H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, París, Puf, 2008, pp. 471–490. En Italia, G. CANSACCHI, “Le choix et l’adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois”, *R. des C.*, t. 83, 1953, pp.79–161 y E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Turín, UTT, 1962, pp. 478–486 y, en los Países Bajos, a los de OFFERHAUS y de G. VAN HECKE (“Principes et méthodes de solution des conflits de lois”, *R. des C.*, t. 126, 1969, pp. 399–569, esp. pp. 499–513). En Portugal, J.B. MACHADO, “Problemas na aplicação do direito estrangeiro – adaptação e substituição”, *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, vol. XXXVI, 1960, pp. 327–351. En la doctrina española, al lado de las consideraciones que en su día efectuara, aunque la paternidad de la obra es controvertida, J. GARDE CASTILLO (*La institución desconocida en Derecho internacional privado*, Valladolid, Escuela. Form. Prof. Onésimo Redondo, 1947, 171 pp) es de obligada referencia el libro de N. BOUZA VIDAL (*Problemas de adaptación...*, op. cit.).

flicto generales, se aseguraba en cierto modo la coherencia de la regulación final de una institución, sometiéndola a los mismos principios rectores, colmando lagunas y desechando eventuales desajustes y evitando introducir en la materia un grado de sofisticación inadecuado el en desarrollo jurisprudencial. Ello no es óbice, empero, para que en el marco más amplio de la perenne contraposición entre los principios de seguridad jurídica y justicia material, la generalidad del supuesto de hecho de la norma de conflicto aparezca como un arma de doble filo, dado que la consecuencia de la norma, esto es, la aplicación de un prefijado Derecho material a cualquier tipo de relación adscribible al supuesto de hecho genérico, conlleva en muchos casos una solución “injusta” de determinadas situaciones necesitadas de una respuesta particular<sup>15</sup>.

5. Frente a esta tendencia, el DIPr actual, y el Proyecto de Código mexicano de 2006 es una buena prueba de ello, se caracteriza por el abandono progresivo de normas de conflicto de carácter general a favor de una especialización cada vez más pronunciada que permita una mejor localización de la situación regulada y conseguir con ello una solución más satisfactoria. Esta especialización se manifiesta en la redacción de normas de conflicto específicas para cada relación jurídica en particular atendiendo a su grado de heterogeneidad. La norma de conflicto pierde así su carácter abstracto y neutro y es más sensible a las necesidades específicas de cada sector al tiempo que el juego de los “problemas generales de aplicación de la norma de conflicto” adquiere una nueva fisonomía con dos manifestaciones apreciables: la reducción del ámbito de actuación del orden público y del reenvío y el incremento de los problemas de calificación y de adaptación<sup>16</sup>. En este último caso es una consecuencia de la fragmentación de las normas de conflicto generada por la especialización y se traduce en que diversos aspectos de una misma relación jurídica puedan verse sometidos a ordenamientos jurídicos diversos dando lugar a “lagunas” o a una doble reglamentación que precisan de técnicas propias de adaptación<sup>17</sup>.

## 2. Técnicas de ajuste y de adaptación

6. El papel de la norma de conflicto concluye con la localización o determinación del Derecho extranjero aplicable. La solución del caso concreto, incluido el proceso de selección de las normas materiales del Derecho extranjero que han de ser aplicadas de acuerdo con las categorías de dicho ordenamiento, es una cuestión que no atañe al Derecho del foro, de la misma forma que ocurre en el supuesto de

---

<sup>15</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 400–402.

<sup>16</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé (Cours général)”, *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 160 ss, esp. p. 197.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 205.

remisión a un Estado plurilegislativo. Por esta razón, en sentido estricto, los denominados “conflictos de calificaciones” sólo se producen en supuestos de inadaptación que conllevan la aplicación de varias normas de conflicto de foro que remiten a varios Derechos materiales. En estos supuestos, y particularmente cuando procede aplicar a un tiempo a una misma situación litigiosa la *lex fori* y un Derecho extranjero, cabe apreciar el juego decisivo de las categorías y de las normas de aplicación de la ley del Tribunal que conoce del asunto.

A diferencia de lo que acontece en la resolución de las relaciones puramente internas, en las que el ordenamiento jurídico de cada Estado asegura la coherencia de las instituciones, tal coherencia es mucho más compleja en las relaciones privadas internacionales, pese a la acción cada vez más relevante de las convenciones internacionales.

7. Bajo la rúbrica general de “técnicas de ajuste o adaptación” se engloban habitualmente recursos diversos que obedecen, a su vez, a problemas diversos, cuya delimitación ha desatado un debate conceptual bastante estéril y del que preferimos prescindir<sup>18</sup>. Conviene partir de la distinción entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de la “sustitución” o “transposición”, de instituciones, asentados estos últimos en la “teoría de la equivalencia”<sup>19</sup>, que en DIPr es aplicable también al problema de la “cuestión preliminar”; esto es, cuando en la solución de la relación jurídica existe una cuestión preliminar regulada por una ley material diversa a la aplicable a la cuestión principal<sup>20</sup>.

La sustitución y la transposición poseen un elemento común con la adaptación en sentido estricto: que aparecen por la aplicación parcial de leyes materiales diferentes a un mismo supuesto del tráfico externo<sup>21</sup>. Pero hay una diferencia esencial en razón a su origen. En ellas la institución extranjera que se pretende tomar en consideración deberá, en todo caso, comportar consecuencias similares a la del foro tanto desde el punto de vista de su formación (unión homosexual, matrimonio poligámico...), como desde sus efectos: se trata de verificar si en el Derecho extranjero la

---

<sup>18</sup> M. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, Madrid, SPFDUCM, 1969, pp. 210–215.

<sup>19</sup> *Vid.* Ph. MALAURIE, “L’équivalence en droit international privé”, *Recueil Dalloz*, 1962, chronique, xxxvi, pp. 215–220. *Vid.* asimismo, M. JORGE, “La loi étrangère devant le juge du fond: accord procédural et équivalence des lois”, *Études en l’honneur de Mme. Collaço*, Coimbra, Almedina, vol. I, 2002, pp. 217 ss; H. GAUDEMET-TALLON, “De nouvelles fonctions pour l’équivalence en droit international privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes: mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, pp. 303–325; C. ENGEL, “L’utilité du concept d’équivalence en droit international privé”, *Annales de Droit de Louvain*, vol. 66, 2006, pp. 55–95.

<sup>20</sup> E. PECOURT GARCÍA, “Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Español y Americano*, n° 14, 1966, pp. 11–60, esp. p. 20.

<sup>21</sup> En la jurisprudencia mexicana resulta obligada la referencia a la vieja Sentencia SCJN 25 de julio de 1940, donde se sostuvo que la institución del *trust* anglosajón, aunque no era similar a la institución del fideicomiso regulado en México, presentaba un inequívoco grado de equivalencia (J. A. SILVA, *Derecho internacional privado. Su recepción judicial en México*, México, Porrúa, 1999, p. 192 y pp. 548–549, donde se reproduce el texto de la decisión).

relación considerada es susceptible de producir unas consecuencias similares que las que se solicitan ante el juez del foro. Como puede observarse comporta la aplicación de dos leyes de aplicación sucesiva. Por el contrario, la adaptación se produce entre normas materiales concurrentes y contemporáneas. Como es lógico la respuesta a esta cuestión es esencialmente casuística y esta en función de las líneas jurisprudenciales seguidas en cada sistema particular de DIP<sup>22</sup>.

Se ha propuesto con razón que los supuestos concretos de transposición y sustitución sean tratados conjuntamente a partir de la referida noción de “equivalencia”<sup>23</sup>, cuya relevancia se proyecta también en otros sectores del DIPr con distinto contenido y alcance: centrada en el conflicto de leyes es aconsejable hablar de “equivalencia formal”<sup>24</sup>. En términos generales supone atribuir efectos en el foro a los conceptos y categorías que, aún cuando difieren técnicamente respecto a otro ordenamiento jurídico, en ambos cumplen una función jurídica similar o equivalente respecto de las mismas instituciones<sup>25</sup>; comporta, pues, la presunción de que sobre el mismo tipo de cuestión jurídica las diversas respuestas contenidas por las leyes en presencia son igualmente aceptables desde el punto de vista de la justicia material y, por tanto, no existe obstáculo para su acogida por el ordenamiento jurídico del foro. Así concebida, la equivalencia fortalece el carácter “neutral” de la norma de conflicto, en el sentido de que la designación del Derecho aplicable se efectúa exclusivamente en función de los vínculos inherentes a la relación jurídica, y en vez eliminar el mecanismo conflictual, lo refuerza<sup>26</sup>. Esta solución puede considerarse válida pues la norma jurídica, en definitiva, está condicionada por una realidad social y la equivalencia pone precisamente de relieve aquello que de común existe en esta realidad, en la esfera de distintos sistemas, no obstante la aparente contradicción entre los elementos de la construcción técnica del Derecho. La solución a las relaciones privadas internacionales no podría realizarse si cualquier efecto jurídico que las atañe únicamente pudiera regularse de conformidad conforme a los criterios jurídicos que rigen en el foro<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Para el sistema francés *vid.* D. BUREAU y H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 477–478.

<sup>23</sup> G. VAN HECKE, “Principes et méthodes...”, *loc. cit.*, p. 50.

<sup>24</sup> H. GAUDEMET–TALLON hace alusión a las distintas variedades de equivalencia que se producen en este sector: equivalencia entre instituciones, equivalencia entre normas, equivalencia formal y equivalencia material, equivalencia entre sistemas jurídicos aplicables y equivalencia entre los resultados concretos de la aplicación del sistema, equivalencia puntual y equivalencia global, etc. (*cf.* “De nouvelles fonctions...”, *loc. cit.*, pp. 304–305).

<sup>25</sup> En Francia, Sentencia de la *Cour de Cassation (1<sup>er</sup> ch. civ.)*, 13 de abril de 1999 (*Compagnie Royale belge*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 698 ss y nota B. ANCEL y H. MUIR–WATT; *Journ. dr. int.*, 2000, p. 315 ss y nota de B. FAUVARQUE–COSSON.

<sup>26</sup> *Cf.* B. ANCEL y H. MUIR–WATT, nota citada, pp. 700–701.

<sup>27</sup> *Cf.* A. BUCHER y A. BONOMI, *Droit international privé*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 146.

### 3. Elementos comunes: aplicación distributiva o cumulativa de varias leyes nacionales a la misma situación

8. Al margen de algunas concepciones aisladas, se admite generalmente que la sustitución y la transposición son casos particulares de adaptación de normas materiales procedentes de sistemas jurídicos diversos, una vez resuelto el problema de la ley aplicable a la cuestión previa en el caso de la sustitución, y del conflicto móvil en el caso de la transposición. Sin embargo, la distinción no difumina su elemento común: las tres figuras conciernen a la aplicación distributiva o cumulativa de varias leyes nacionales a la misma situación, y los tres supuestos se suscitan a la hora de aplicar las normas materiales, una vez localizadas a través de la norma o normas de conflicto del foro. Por otra parte, la adaptación en sentido estricto puede originarse igualmente, como en el caso de la transposición, en un desajuste provocado por un conflicto móvil. La diferencia sustancial estriba, sin embargo, en los distintos instrumentos que utilizan cada una de estas técnicas y en su distinto alcance.

9. La sustitución y la transposición exteriorizan una evidente identidad funcional en el sentido de que, como se ha indicado, ambas utilizan el parámetro de la equivalencia de instituciones para coordinar los sistemas en presencia: no se trata de modificar la norma de conflicto ni de alterar el Derecho material designado, sino de reconocer, con base en la equivalencia, la aptitud de una determinada institución extranjera para integrar la cuestión previa que opera como hipótesis de la disposición legislativa aplicable a la cuestión principal (sustitución), o de utilizar dicha equivalencia para hacer factible el reconocimiento de una institución creada al amparo de un ordenamiento extranjero, para aplicarle a su contenido y efectos las disposiciones materiales del foro previstas para las instituciones análogas que actúan en el Derecho del foro como referencia.

Al efecto, puede ser de utilidad la jurisprudencia comunitaria, condicionante muchas veces del replanteamiento de las cuestiones clásicas de DIPr<sup>28</sup>. La Sentencia TJCE 23 noviembre de 1999 (as. C-369/96 y C-376/96: *Arblade*) procedió a realizar una comparación entre la ley del Estado de acogida de los trabajadores y la ley de su país de procedencia a partir de una operación de equivalencia en la apreciación de la “proporcionalidad” de ciertas medidas nacionales relativas a la libre circulación de mercancías y de servicios. El resultado fue que para un trabajo por cuenta ajena realizado en Bélgica las obligaciones impuestas por las leyes de policía francesas, que habían sido observadas por el empleador francés, eran equivalentes a las belgas que no habían sido respetadas por éste<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté européenne”, *R. des C.*, t. 253, 1995, pp. 268-271; H. GAUDEMET-TALLON, “De nouvelles fonctions pour l’équivalence...”, *loc. cit.*, pp. 315-325.

<sup>29</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, pp. 710 ss y nota de M. FALLON.

Esta jurisprudencia ha sido confirmada en otras decisiones: STJCE 15 de marzo de 2001, as. C-165/98: *Mazzoleni*; 25 de octubre de 2001, as. C-49/98: *Finalarte* y 24 de enero de 2002, as. C-164/99: *Portugaia Construções*.



La adaptación en sentido estricto denota, en contrapartida, la necesidad de proceder a una modificación de la norma de conflicto o de las normas materiales sucesiva o simultáneamente aplicables, para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional, y, en consecuencia, incide directamente en la regulación material y sobre los efectos previstos por los ordenamientos en presencia. La adaptación no radica, pues, en la utilización de la noción de equivalencia, sino en una reinterpretación de las normas, bien conflictuales o materiales, en previsión de desajustes y discordancias. La técnica de la adaptación en sentido estricto ofrece, por tanto, dos opciones: una radica en jerarquizar las dos o mas normas de conflicto que, eventualmente, una vez aplicadas las normas materiales reclamadas, dan lugar a la inadaptación, o bien en derogar pura y simplemente, para el caso concreto, una de ambas normas; la segunda opción resulta de intentar compaginar el tenor de los Derechos materiales en presencia, extrayendo de su observación una reglamentación *ad hoc*, una normativa particular que resolviese la inadaptación.

### III. Adaptación del Derecho material

#### 1. Transposición

##### A) Caracterización

10. La transposición consiste en la adaptación de una situación jurídica por parte de un ordenamiento, cuando tal situación ha surgido o ha sido creada en el ámbito de otro distinto en el marco de las categorías jurídicas de éste; en otras palabras, la introducción en el foro de un derecho adquirido en el extranjero, que muchas veces puede constituir de una “institución desconocida”, esto es, sin equivalencia alguna, en el Derecho foro. Tales supuestos se exteriorizan esencialmente en los casos de “conflicto móvil”, aunque no en todas las situaciones la incidencia del factor tiempo es determinante en la contradicción normativa. El cambio en el tiempo de la conexión, esto es, una situación creada en un ordenamiento, debe desplegar sus efectos en el seno de un ordenamiento distinto: la propiedad adquirida al amparo de un ordenamiento no se pierde por el hecho del traslado de la relación a otro ordenamiento jurídico, pero siempre en la medida en que pueda subsumirse en las categorías de este último a partir de la noción de equivalencia<sup>30</sup>.

Las alternativas son tres<sup>31</sup>: desconocer su existencia por considerar que se trata de una institución desconocida, intentar transponerla a las instituciones de Derecho

---

<sup>30</sup> E. BETTI, *Problematica del Diritto internazionale*, Milán, Istituto di Teoria della Interpretazione (Univ. di Roma), 1956, pp. 300 ss y 317 ss, esp. 303–305.

<sup>31</sup> Y han sido descritas con precisión, en relación con la recepción del *trust* por los países que lo desconocen, por K. LIPSTEIN, voz “Trust”, *Int’l Enc. Comp. L.*, vol. III, cap. 23 (1993), pp. 16–17.

interno o introducir esta figura en el DIPr de los Estados que la desconocen y regularla de una manera autónoma. Evidentemente la primera solución, que implica que los derechos desconocidos en el ordenamiento del foro desaparecen con el cambio de la ley aplicable, pugna por su radicalidad con idea de protección de los derechos adquiridos en las relaciones privadas internacionales<sup>32</sup>. Como regla general, desde una perspectiva doctrinal se aboga por estar a la segunda de estas posibilidades siempre que sea factible y no vulnere los principios fundamentales del foro<sup>33</sup>. Resulta un lugar común el recurso a la técnica del Derecho comparado<sup>34</sup> para buscar en el foro la institución equivalente y también es de general aceptación el carácter restrictivo con que debe ser considerada la acción del orden público. El DIPr no confiere al Derecho del foro una patente de corso para supervisar las legislaciones extranjeras en orden a determinar sus virtudes o sus defectos a través de un ejercicio de admisiones o de exclusiones<sup>35</sup>. En esta operación es inevitable que el juez del foro tenga un importante margen de arbitrariedad<sup>36</sup>, pero siempre estará limitado por el respeto a determinadas exigencias lógicas de carácter ineludible.

11. Desde esta última perspectiva, la poligamia<sup>37</sup>, el matrimonio entre personas del mismo sexo e, incluso, el repudio<sup>38</sup> pueden producir ciertos efectos en el Estado receptor de la institución aunque esta última no pueda reconocerse, en su integridad, tal y como fue configurada en el Estado de origen<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> E. JAYME, "Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne", *R. des C.*, t. 251, 1995, p. 117.

<sup>33</sup> Así en España la Sentencia Tribunal Supremo 10 de octubre de 1060 (*Ferriol / Ferriol*) en virtud de la excepción de orden público no admitió en un asunto sucesorio el reconocimiento de una filiación extramatrimonial que en Cuba confería el estatuto de hijo legítimo (CLJC, octubre 1960, nº 555). *Vid.* J.A. PASTOR RIDRUEJO, "Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960", *Temis*, nº 10, 1961, pp. 103 ss; E. PECOURT, *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, I, Pamplona, Eunsu, 1976, pp. 43 ss.

<sup>34</sup> No en vano H. LEWALD había señalado en su día que esta materia más que una cuestión de conflicto de leyes era una cuestión propia de Derecho comparado (*loc. cit.*, p. 129).

<sup>35</sup> Cf. B. ANCEL, "L'objet de la qualification", *Journ. dr. int.*, 1980, pp. 227-268, esp. p. 259.

<sup>36</sup> I. de MAGALHÃES COLLAÇO, *Da calificação em Direito internacional privado*, Lisboa, s.n., 1974, p. 174.

<sup>37</sup> La poligamia ha sido tradicionalmente el referente de institución extranjera que jamás podría tener cabida en los sistemas jurídicos surgidos de la *Respublica Christiana* como se evidencia en los autores clásicos (F.K. VON SAVIGNY, J. STORY, M. FÉLIX...) y que se resume en la afirmación categórica de J. CARBONNIER: "*L'Islam, avec sa polygamie, fût-elle théorique, est plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit*" (Cf. "Terre et ciel dans le droit du mariage", *Études offertes à Georges Ripert*, t. I, París, LGDJ, 1950, pp. 325-345; esp. p. 341).

<sup>38</sup> La bibliografía sobre esta materia es inmensa y con abundantes reiteraciones. *Vid.* por todos, C. CAMPIGLIO, "Matrimonio poligámico e repudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1990, pp. 853-908; D. ALEXANDRE, "La protection de l'épouse contre la répudiation", *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, París, LGDJ, 1992, pp. 125-142; P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation (l'expérience française)", *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 263-282; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho judicial*, vol. VIII, 2002, pp. 259-342.

<sup>39</sup> A. BUCHER, "La famille en droit international privé", *R. des C.*, t. 283, 2000, p. 131. En España la Resolución DGRN (2ª) 10 de junio de 1998 denegó la inscripción de un matrimonio poligámico

En la doctrina española tuvo una amplia repercusión en su día las construcciones en torno a la adaptación entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero en el problema del orden público para justificar la concepción “atenuada” del mismo frente al divorcio en una etapa en que esta institución estaba proscrita en este país<sup>40</sup>; si en un primer momento la Sentencia Tribunal Supremo 5 de abril de 1966 (*Benedicto / Barquero*) negó cualquier efecto en España al divorcio de una costarricense pronunciado en Costa Rica, rehusando realizar la más mínima operación de transposición ni a disociar entre el momento de la creación de un derecho en el extranjero y el de sus efectos en el foro<sup>41</sup>, la jurisprudencia posterior cambió de actitud; y esta actitud sería confirmada por la práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) que fue paulatinamente reconociendo mayores efectos a los divorcios pronunciados en el extranjero<sup>42</sup>.

12. Mayor curiosidad ofrece la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo español en materia de repudio, una de las instituciones del Derecho de familia islámico en las que la confrontación entre las mentalidades occidental y musulmana pone de manifiesto un conflicto cultural y jurídico, difícilmente resoluble. Es cierto que el hecho de que sólo uno de los cónyuges tenga la facultad de disolver de forma unilateral y sin motivo alguno el matrimonio vulnera principios esenciales del foro pero, curiosamente, los Autos del Tribunal Supremo 21 de abril y 23 de julio de 1998, que atendieron a la solicitud de reconocimiento del repudio pronunciado en el extranjero, fue la mujer repudiada la que solicitó el exequátur del mismo. Esta circunstancia hace cuestionarse el interés que puede tener una mujer repudiada, cuyo *status* no puede decirse que sea beneficioso, en solicitar la homologación del repudio y obliga a detenerse en cuestiones tales como sí y en qué ocasiones es conveniente que sea la propia mujer la que inste el reconocimiento del repudio dictado en el extranjero, si éste debe ser total o parcial, y en su caso, determinar qué posibilidades tiene en los supuestos en los que la vía del reconocimiento no constituye la opción más adecuada<sup>43</sup>. En cuanto al denominado repudio revocable que se contiene en algunos ordenamientos como el marroquí y que comporta una prerrogativa del marido de declarar ante notario disuelto el vínculo otorgándole un plazo para reconsiderar la decisión, parece oportuna la aplicación del orden público de manera flexible y circunstancial insistiendo en que lo contrario es la institución y no sus efectos. Si es legítima la beligerancia contra la institución el juez o la autoridad deben procurar no discriminar a

---

celebrado en Marruecos por razones de orden público, aunque afirmó que “no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio pueda producir para el ordenamiento español” (*AEDIPr*, 2000/110).

<sup>40</sup> J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 273–288; 2ª ed., 1976, pp. 325 ss. *Vid.*, asimismo, J.A. PASTOR RIDRUEJO, “Los efectos atenuados en el Derecho español de instituciones extranjeras contrarias al orden público”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XX, 1976, pp. 21–39.

<sup>41</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, nota a la Sentencia del TS (Sala Iª) de 5 de Abril de 1966, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. XX, 1967, pp. 305–321.

<sup>42</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, “Indicios de atenuación del orden público en el Derecho internacional privado español”, *Multitudo Legum Ius Unum. Festschrift für W. Wengler*, vol. II, Berlín, Inter Recht, 1973, pp. 573–616. *Vid.*, *v.gr.*, Resoluciones DGRN 23 de marzo y 5 de abril de 1976 (*BOE*, 7 y 8–V–76).

<sup>43</sup> *Vid.* N. MARCHAL ESCALONA, “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2002–5, pp. 367–376.

los destinatarios de las normas (privándoles, v.gr., de la capacidad nupcial) en favor de una “justicia abstracta”<sup>44</sup>.

13. En rigor, el elemento especial que caracteriza la excepción de orden público se combina con el elemento temporal en el tratamiento de los denominados “derechos adquiridos”. En suficientemente conocida la doctrina sentada por la célebre sentencia *Rivière*<sup>45</sup> de que la acción del orden público no es igual cuando se trata de adquirir un derecho en el foro o se pretenda dejar de producir en el foro los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero. Las situaciones ya consolidadas al amparo de un sistema extranjero, fruto del efecto inmediato de dicho ordenamiento, no ofrecen la misma vulnerabilidad frente a la excepción de orden público que aquellas situaciones que, aún originadas bajo el imperio de la ley extranjera, continúan desplegando sus efectos al entrar en contacto con el foro<sup>46</sup> y a ello debe añadirse que la función negativa de la referida excepción opera únicamente como un “filtro” o una “válvula de seguridad” que realizan una labor de “depuración” del Derecho extranjero pero siempre dentro unos valores jurídicos del foro muy concretos<sup>47</sup>. El Derecho de familia es propenso a múltiples situaciones en las que el juez ha de proceder a operaciones de transposición de instituciones que, como el “matrimonio” o la “adopción”, tienen un contenido distinto en la *lex causae*. La protección de la identidad familiar en el tráfico externo debe poder integrarse plenamente en los sistemas jurídicos estatales implicados y desplegar allí sus efectos o, al menos, efectos jurídicos similares, a los que tiene atribuidos en el ordenamiento de origen; de suerte que un vínculo jurídico familiar (matrimonio, filiación, adopción...) creado o disuelto al amparo de un ordenamiento jurídico debe poder asimilarse en otro ordenamiento a los efectos oportunos<sup>48</sup>. Por descontado el criterio determinante en estos casos es el de la equivalencia.

#### B) Efectos en el foro de los matrimonios poligámicos y entre parejas del mismo sexo

14. Los efectos del matrimonio poligámico en la jurisprudencia de algunos países dan un gran juego a los supuestos de transposición cuando es menester insertar esa figura en las categorías que el Derecho del foro somete a una ley que desconoce

<sup>44</sup> Cf. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: el repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización del matrimonio civil”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 297–304, esp. p. 302.

<sup>45</sup> *Cour de Cassation (Ch. civ. 1<sup>re</sup> sect.)* 17 de abril de 1953, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, pp. 412 ss y nota de H. BATIFFOL; B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2006, n° 26, pp. 232 ss.

<sup>46</sup> Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 12, apartado 3”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2<sup>a</sup> ed., Jaén, Edersa, p. 921.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 909–910.

<sup>48</sup> Cf. A. BUCHER, “La famille...”, *loc. cit.*, p. 115.

la poligamia<sup>49</sup>. Los tribunales franceses y belgas han admitido a través de esta técnica la posibilidad de la segunda esposa pueda, entre otras cosas: reclamar alimentos a su cónyuge, ejercer acciones de responsabilidad por daños o participar en el usufructo vidual.

La *Cour de cassation* francesa consideró en el asunto *Chemouni*<sup>50</sup> que una demanda de pensión alimenticia presentada en Francia por la segunda esposa de un israelita de nacionalidad tunecina (recordemos la existencia en este país de distintos estatutos en función de la religión que se profese) no iba en contra del orden público francés desde el momento en que había adquirido sin ningún fraude la calidad de esposa legítima según la ley tunecina; en consecuencia se admitió la sumisión de la obligación alimenticia a la ley de los efectos del matrimonio considerándose que insertar las obligaciones alimenticias a la ley rectora del vínculo familiar de la que derivaban permitía asegurar la coherencia de las soluciones<sup>51</sup>. Al efecto, el Derecho tenía dos respuestas aparentemente contradictorias. De un lado el ordenamiento jurídico francés condena absolutamente la poligamia e incluso tal proscripción se recoge en el Código penal; y, de otro lado el segundo matrimonio era válido en Francia por aplicación de la ley nacional de los tres cónyuges<sup>52</sup>.

En este caso se produjo una adaptación del Derecho francés a una peculiar situación con elementos extranjeros. Si en Francia el pago por un hombre de la pensión alimenticia a dos o más mujeres, pensemos en un divorciado reincidente, no contraría en modo alguno al Derecho francés, no había razón para escandalizarse por el pago a una mujer unida en legítimo matrimonio, aunque este fuese poligámico: en ningún caso había quedado vulnerada la homogeneidad del Derecho francés<sup>53</sup>. Incluso llegó a suscitarse la posibilidad de que la poligamia pudiera ser contemplada de manera autónoma como una condición vinculada a los efectos del primer

---

<sup>49</sup> Vid. la práctica de los tribunales ingleses en J.H.C. MORRIS, "The Recognition of Polygamous Marriages in English Law", *Festschrift für Martin Wolff. Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht*, Tubinga, Mohr, 1952, pp. 313 ss; vid., asimismo, C.A. ESPLUGUES, "Legal Recognition of Polygamus Marriages", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 17, 1984, pp. 302-321.

<sup>50</sup> *Cour de Cassation (Ch. civ, 1<sup>re</sup> sect.)* 28 enero 1958 y 19 de febrero de 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 110 ss y 1963, pp. 559 ss. Vid. B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts...*, op. cit., n<sup>os</sup> 30-31, pp. 267 ss.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 287. Vid., asimismo, A. MARQUES DOS SANTOS, "Breves considerações sobre a adaptação em Direito internacional privado" (separata, Est. Paulo Cunha), 1988, pp. 42 ss.

<sup>52</sup> El ejemplo ha sido utilizado por P. MAYER como pórtico para demostrar la ambigüedad de la expresión "ordenamiento jurídico" y para contraponer la concepción "normativista" y la concepción "institucional de tal expresión" (cf. "Le phénomène de la coordination...", loc. cit., pp. 36-36).

<sup>53</sup> H. BATIFFOL, "Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux", *R. des C.*, t. 120, 1967, p. 183-187.

matrimonio<sup>54</sup>. Debe recordarse aquí que esta cuestión quedaría resuelta en la actualidad con carácter general por la Convención de La Haya de 2 de octubre de 1973<sup>55</sup>.

Persistiendo en el carácter excepcional del orden público internacional y en que el efecto solicitado de un matrimonio poligámico contraído en Marruecos no atentaba contra las exigencias del orden social belga, la Sentencia de la *Cour d'appel* (4<sup>e</sup> ch) de Lieja 23 de abril de 1970 (*Keltoum / Doukmani*) admitió las acciones presentadas por las dos esposas del finado en reparación de los daños causados por su fallecimiento en un accidente automovilístico. La defensa de los intereses legítimos de ambas esposas fijada en su ley nacional, consideración particular de equidad privada para recibir la indemnización, prevaleció sobre una consideración general de política social belga, la prohibición de la poligamia<sup>56</sup>.

Como muestra la sentencia de la *Cour de cassation* en el asunto *Benddedouche*<sup>57</sup>, un matrimonio poligámico fue valorado como “matrimonio” respecto a la ley sucesoria francesa, en concreto el art. 767 Cc que regula el usufructo viudal, por entender que presentaba una “equivalencia suficiente” con el ordenamiento francés; pero las disposiciones sucesorias galas debieron de adaptarse a la institución extranjera con el objeto de satisfacer los derechos reclamados simultáneamente por las dos viudas; para la *Cour de cassation* “el orden público francés no se opone a que un matrimonio poligámico contraído regularmente en el extranjero de conformidad con la ley personal de las partes, produzca en Francia efectos sucesorios en beneficio de una segunda esposa y de sus hijos legítimos”.

15. La técnica expuesta tropieza sin embargo en la propia jurisprudencia francesa con ciertos límites. Una cosa es que acepte que el estatuto de “cónyuge” de acuerdo con la ley extranjera se aplique a varias esposas y otra muy distinta perjudique a la primera esposa francesa<sup>58</sup>. Y se resiste a penetrar en el ámbito de la de la seguridad social<sup>59</sup>. En esto el sistema español no va a la zaga del francés, como puso de relieve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de

---

<sup>54</sup> A. PONSARD, nota en *Journ. dr. int.*, 1963, p. 934.

<sup>55</sup> Vid. nuestras consideraciones en torno al carácter autónomo o dependiente de la obligación alimenticia (J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Las obligaciones alimenticias en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XXXVII, 1985, pp. 67–108, esp. pp. 88–91).

<sup>56</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 54 ss y nota de P. GRAULICH.

<sup>57</sup> *Cour de cassation* 3 de enero de 1980, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 331 ss y nota de H. BATIFFOL.

<sup>58</sup> *Cour de cassation* (Ch. civ.) 17 de febrero de 1982 (*Baaziz*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 275 ss y nota de Y. LEQUETTE.

<sup>59</sup> *Cour d'appel* Chambéry 17 de octubre 1961, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, pp. 675 ss; por su parte la Sentencia de la *Cour de cassation* (Ch. soc) 1 de marzo de 1973 (*Sefouni*) consideró que la segunda esposa no podía beneficiarse de prestaciones sociales de enfermedad y maternidad (*ibid.*, 1975, pp. 54 ss y nota de P. GRAULICH).

lo Social, 30 de julio de 2003<sup>60</sup>, que negó la pensión de viudedad declarando nulo el segundo matrimonio válidamente celebrado conforme a la ley personal de los cónyuges (Gambia) por considerar que la poligamia iba en contra del orden público español y que por tal razón no era de recibo el reparto de la pensión de viudedad entre dos cónyuges supervivientes como había dispuesto la sentencia de instancia.

Esta actitud maximalista fue, sin embargo, denunciada en el voto particular de la magistrada R.M. Viroles Piñol considerando que los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión y que “sería factible la aplicación analógica –art. 4.1º Cc– de las previsiones del art. 174.2º Ley General de la Seguridad Social y jurisprudencia al efecto, para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiendo que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante”; y, asimismo, que dichos vínculos habían del causante con las actoras habían sido “legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración. Por ello, interpretando los arts. 49 y 50 Cc, entendía que dichos matrimonios pueden ser reconocidos a los efectos del Derecho español si han sido contraídos conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración, como sucede en el supuesto enjuiciado”. No es descartable que esta opinión particular pueda encontrar cabida en la futura jurisprudencia laboral española.

16. La admisión del matrimonio entre parejas del mismo sexo en ciertos sistemas, que manifiestan la tendencia a defender las soluciones extremas en el logro de una determinada concepción de la institución, está condicionada en Europa por las previsiones de la resolución del Parlamento Europeo A.3–0028/94, sobre igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea. Ello explica ciertas modificaciones en los Códigos civiles, como el holandés (Ley de 21 de diciembre de 2001, que reforma el art. 30.1º Cc), el belga (Ley de 13 de febrero de 2003, que modifica el art. 143 Cc) o el español (Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el art. 44 Cc) y condiciona a los sistemas que no reconocen tal situación a plantearse las posibilidades de efectuar una operación de transposición<sup>61</sup>. La cuestión no es pacífica pues implica discernir en torno a los efectos particulares de dicho matrimonio y ha conducido en algunos casos a negar cualquier posibilidad de equivalencia con el matrimonio tradicional<sup>62</sup>.

Inexorablemente, la normativa que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en España ha provocado algunos problemas en el DIPr pues la doctrina española había mantenido tradicionalmente que la ley personal (nacional) de las partes regía la capacidad de éstas para contraer matrimonio, considerándose que esta capacidad

---

<sup>60</sup> AEDIPr, 2005/188.

<sup>61</sup> Resulta de obligada consulta, a este respecto, el lúcido estudio de E. ARTUCH IRIBERRI, “La libertad individual de las parejas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 41–63.

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal federal suizo 3 de marzo de 1993, ATF, 119, II, p. 264.

incluía todas las condiciones sustanciales del matrimonio, excepto las formales. Esta interpretación implicaba que los extranjeros cuyas leyes personales no permitieran el matrimonio homosexual no podían celebrar este tipo de matrimonio en España y la única posibilidad de evitar este resultado era no aplicar el Derecho extranjero sobre la base de que era contrario al orden público español. Ante esta situación, la DGRN decidió de manera expeditiva tendente a remover los obstáculos que pudieran impedir la plena aplicación de la ley en el ámbito internacional<sup>63</sup>. En cualquier caso, se suele considerar, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, que en esta materia estamos ante un supuesto típico de transposición<sup>64</sup>.

### C) Equivalencia de adopciones y otras figuras que no establecen un vínculo de filiación

17. Del mismo modo para que una adopción extranjera sea reconocida como plena en el foro se puede utilizar el criterio de la equivalencia para comprobar si sus efectos esenciales son similares<sup>65</sup>. La jurisprudencia europea registra algunos antecedentes del problema de interés como el suministrado por la Sentencia del Tribunal de Distrito de Amsterdam 19 de junio de 1958 respecto al reconocimiento en los Países Bajos de la adopción de un menor británico efectuada en Inglaterra que no se ajustaba al carácter de “plena”; el tribunal entendió que la tutela ejercida

---

<sup>63</sup> De conformidad con la Resolución Circular DGRN 29 de julio de 2005 (*AEDIPr*, 2005/21/Doc) “el hecho de que el legislador español, en base a tal remisión, haya regulado mediante la L 13/2005 el *ius connubii* de forma tal que acoge en el mismo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pone de manifiesto una situación en la que resulta patente el paralelismo y similitud con los supuestos en que esta Dirección General ha invocado la excepción del orden público para excluir la aplicación de Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas de distinta religión (*disparitas cultus*) o de aquellas otras que, por no reconocer un cambio legal de sexo judicialmente declarado, impiden el matrimonio de un transexual extranjero por persona de su mismo sexo cromosómico, pero distinto sexo legal, similitud que debe conducir a acoger la misma solución de la exclusión en la aplicación de la Ley extranjera en el caso ahora considerado por razones de analogía. / La conclusión anterior se refuerza a la luz de la consideración de que el Encargado del Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuida, como ‘guardián’ del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio contraído en España entre personas del mismo sexo surte efectos en tal país extranjero o no los surte por resultar contrario a su orden público internacional. En definitiva esta tesis parece la más correcta ante el silencio de la L 13/2005 en relación con los supuestos internacionales de matrimonios entre personas del mismo sexo. *Vid.* las consideraciones críticas de R. ARENAS GARCÍA, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 351–371 y de C. VAQUERO LÓPEZ, “A propósito de la Resolución DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *ibid.*, t. VI, 2006, pp. 611–631.

<sup>64</sup> J.M. MARTÍN SERRANO, “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. LV, 2003, pp. 291–305, esp. pp. 293–294.

<sup>65</sup> En cuyo caso no se produciría el reconocimiento; *vid.* art. 78.2º LDPr suiza.



por los padres durante un periodo determinado de tiempo, de conformidad con la *lex causae*, era suficiente para justificar en cambio de estado del niño y que por tanto tenía un “efecto similar” al exigido en la legislación holandesa<sup>66</sup>. En Bélgica la práctica de los tribunales ha sido en principio contraria a la homologación<sup>67</sup>, sobre todo en relación con nacionales marroquíes; y ello pese a que en no pocas ocasiones las partes interesadas han invocado la existencia en el Derecho marroquí de instituciones como la *kafala* (que asegura al menor un mantenimiento completo y lo inserta en la familia de acogida) o el *tanzil* (concesión a una persona del título de hijo a efectos sucesorios) que presentaban una gran similitud con la adopción y más explícitamente, la necesidad de proceder a una adaptación de instituciones<sup>68</sup>. Esta situación sería paliada parcialmente con la Ley de 27 de abril de 1987, que prescindió de la referida aplicación distributiva de las leyes nacionales cuando se tratase de menores de quince años. De esta suerte, si la ley nacional del adoptado y de los cónyuges adoptantes regula la institución adoptiva se aplica ésta directamente; sin embargo si los cónyuges tienen nacionalidades diferentes o si la ley personal del adoptado, de los cónyuges adoptantes o de ambos no conoce la adopción será de aplicación la ley belga una vez cumplidos ciertos requisitos de residencia<sup>69</sup>. En Francia la Sentencia del Tribunal de Apelación de Limoges (*I<sup>re</sup> Ch*) 24 de junio de 1993 rechazó la adopción plena de un menor marroquí nacido de padres desconocidos porque la ley aplicable que debía ser considerada “*aux yeux de la loi française*” y, desde esta óptica, comportaba “una restricción considerable de los derechos de los adoptados, incompatibles con los efectos normales de la adopción plena”<sup>70</sup>.

Cabalmente la equivalencia es la función principal del art. 26 de la Convención de La Haya de 1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, aunque la situación no es similar para los Estados contratantes que conozcan únicamente la adopción simple y no la adopción plena<sup>71</sup>.

18. Si acudimos al DIPr español deberá advertirse que no podrá reconocerse la adopción por adoptante español si los efectos de la adopción constituida en el extranjero no se corresponden con los previstos por la legislación española. Esta última condición está pensada para evitar la transformación fraudulenta en adopciones

---

<sup>66</sup> J.G. SAUVEPLANNE, “New Trends in the Doctrine of Private International Law and their Impact on Court Practice”, *R. des C.*, t. 175, 182, p. 43.

<sup>67</sup> J. CAVINET, “De l’équivalence des institutions prévoyant la filiation adoptive en droit international privé belge”, *Journal des tribunaux*, vol. 87, 1972, pp. 685–688.

<sup>68</sup> M. FALLON, “La théorie de l’adaptation au secours de l’ordre public dans des adoptions internationales”, *Rev. trim. dr. familial*, 1983, pp. 133–148.

<sup>69</sup> Vid. M. WERWILGHEN, J.Y. CARLIER, C. DEBROUX y J. de BURLET, *L’adoption internationale en droit belge*, Bruselas, Bruylant, 1991; M. FALLON, “Le renouveau de l’adoption internationale”, *Relations familiales internationales* (M. WERWILGHEN y R. DE VALKENEER, dirs.), Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 133–190.

<sup>70</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 751.

<sup>71</sup> A. BUCHER, “La famille...”, *loc. cit.*, pp. 116–118.

de instituciones como las adopciones simples o la *kafala* marroquí<sup>72</sup>, que no establecen un auténtico vínculo de filiación entre adoptante y adoptado, o no implican la ruptura de los vínculos anteriores, o incluso prevén la revocabilidad de la adopción. La equivalencia es necesaria, pues el reconocimiento o inscripción registral de dichas adopciones con los efectos previstos por la ley española implica dotar a la institución de unos efectos de los que carece. Sin embargo, dicha cautela debe afectar a cualquier adopción constituida en el extranjero susceptible de ser reconocida en España, tanto registralmente, como incidentalmente en juicio, y ello con independencia de que el adoptante sea o no español. Sin embargo, si la adopción extranjera que genera vínculo de filiación o implica el mantenimiento de los vínculos de parentesco anteriores debe impedirse el reconocimiento: la revocabilidad es un requisito que puede ser fácilmente enervado o subsanado. Por esta razón, intentando favorecer el establecimiento del vínculo, la Ley 18/1999, de 18 de mayo, procedió a añadir el siguiente párrafo al art. 9.5° Cc: “la atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil”.

Con carácter general, son tres los elementos determinantes de la equivalencia de la adopción constituida en el extranjero respecto de la prevista en la legislación española: integración plena del adoptando en la familia adoptiva, extinción de los vínculos con la familia anterior e irrevocabilidad de la adopción<sup>73</sup>. La falta de reconocimiento como adopción no implica que tal acto no pueda ser reconocido en España con los efectos que produce en el país de origen. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la terminación de la adopción es decidida en todo caso por los tribunales y que es sólo la revocación voluntaria, y no la judicial, la que se opone a la concepción española de la adopción. Por otro lado difícilmente pueden promover la revocación los padres naturales, cuando se trata de un niño abandonado. Es evidente, por otra parte, que siendo casi impensable que entre una adopción española y una extranjera exista absoluta identidad en los efectos de una y otra, ha de bastar que éstos se correspondan, por lo que esta expresión ha de interpretarse en el senti-

---

<sup>72</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos occidentales”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el Mundo Mediterráneo* (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales), Madrid, BOE, 1999, pp. 195–206.

<sup>73</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 205–223. Estos criterios han servido a la DGRN para denegar la inscripción de adopciones o adopciones simples constituidas en Marruecos, Paraguay, Guatemala, El Salvador, México, Haití, Líbano, Argentina o la República Dominicana. Además, en el caso de Brasil, no se reconoce, salvo supuestos excepcionales, la equivalencia de las adopciones entre mayores de edad. Tampoco se reconocen las adopciones constituidas en Etiopía respecto de menores de padres conocidos y no desamparados. En contrapartida, la misma regla de equivalencia permite el reconocimiento de las adopciones peruanas o ecuatorianas, en este último caso tras la reforma de su Derecho interno en 1992. y también de las etíopes respecto de menores abandonados, o en situación legal de desamparo por fallecimiento, ausencia o incapacidad de sus progenitores y en aquellos otros casos de menores cuyos padres son desconocidos o respecto de los cuales no se ha podido determinar legalmente su relación de filiación.

do fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen, y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes<sup>74</sup>.

19. Al contrario de lo que ocurre en el caso de los matrimonios poligámicos, la seguridad social española, se ha mostrado más generosa al admitir el juego de la equivalencia en relación con la *kafala* marroquí. Así lo evidenció la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, 31 de enero de 2008. El tribunal de instancia había reconocido la pensión de orfandad por aplicación del principio de igualdad ya que de lo contrario, entendía, se produciría una discriminación indirecta, por la imposibilidad de adquirir el carácter de hijos adoptivos, pero la Administración recurrió la decisión aplicando la doctrina de la DGRN (Resolución–Circular 15 de julio de 2006). Con impecable razonamiento el Tribunal entendió que en el caso no se trataba de analizar “comparativamente, en cuanto instituciones, la adopción y la *kafala* –el Derecho comparado conoce regímenes diversos de adopción y *kafala*– en general, sino a los efectos concretos del derecho de acceso a una prestación de la seguridad social española y con el designio de dar cumplimiento, no tanto a una exigencia constitucional de igualdad tal como plantea la sentencia recurrida, y que en principio no existe sino a otra, legal, más precisa, de paridad”<sup>75</sup>.

#### D) Eficacia del *trust* en el Derecho sucesorio

20. Del mismo modo el Derecho de sucesiones es proclive a la transposición de los conceptos utilizados por el testador en un testamento hecho conforme a su ley nacional (v.gr., la mexicana) registrándose posteriormente un cambio en la nacionalidad del *de cuius* que pasa a convertirse en español ventilándose el asunto ante la jurisdicción española. La cuestión es el reconocimiento de ciertos efectos a un derecho creado al amparo de una legislación extranjera (la correspondiente a la nacionalidad anterior).

Pensemos en a un inglés que hace un testamento conforme al ordenamiento inglés estableciendo un *trust* respecto de sus bienes; si con posterioridad cambia de nacionalidad, falleciendo después, y el Derecho que a ésta corresponde desconoce esa institución se suscitaría su eficacia en el foro. En caso de que el referido inglés se hubiera naturalizado español, sería de aplicación el art. 9.8º Cc que designa aplicable la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento añadiendo que las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme

<sup>74</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 30 de marzo de 2001 (*AEDIPr*, 2003/144) procedió a la constitución *ex novo* de un vínculo adoptivo entre un matrimonio español y una menor guatemalteca; *vid.* nota de P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *REDI*, 2002–10–Pr.

<sup>75</sup> *AEDIPr*, 2008/36.

a la ley nacional del testador “conservarán su validez” y, en este caso, sería menester adaptar el *trust*, institución no regulada en el Derecho español, a este ordenamiento; si se quiere, la “transposición” de una institución jurídica inglesa en el Derecho del foro<sup>76</sup>. Y a ello hay que añadir que no estamos ante una “institución desconocida”, como evidencia que el Reglamento (CE) n° 44/2001 establece algunos criterios de competencia judicial internacional para acciones personales en materia de *trust*<sup>77</sup>.

Otro ejemplo sería el del inglés funcionario de las Comunidades Europeas domiciliado en Bruselas que tiene abierta en esta localidad una cuenta corriente en una sucursal bancaria. En su testamento establece un *trust* para todos sus bienes donde el *trustee* es su esposa y el beneficiario su hijo menor de edad. A su fallecimiento en Inglaterra el Derecho belga regularía el patrimonio inmobiliario y la ley inglesa los bienes muebles; no obstante la ley belga se limitaría a intervenir en tanto que ley de situación debiendo la sucursal bancario remitir los fondos del finado al *trustee* que puede, en la práctica, actuar sobre el activo mobiliario situado en Bélgica<sup>78</sup>.

21. Es cierto que durante muchos años predominó una actitud negativa por chocar la institución en ciertos sistemas con los propios fundamentos del Derecho patrimonial<sup>79</sup>; por ejemplo en España la búsqueda de un equivalente funcional no ha generado especiales resultados<sup>80</sup>. Mas hoy la transposición suele manifestarse a través de una abstención de la ley rectora de la sucesión, llamada a regir los efectos del *trust*, que consideraría equivalentes los resultados obtenidos con esta institución<sup>81</sup>; el hecho de que el *trust*, en función de su carácter polivalente, pueda ser un instrumento de transmisión a título gratuito del patrimonio, condiciona la influencia directa que sobre él ejerce la ley sucesoria. Ciertas reglamentaciones internacionales e internas apuntan soluciones específicas al problema.

En España La Sentencia del Tribunal Supremo 30 de abril de 2008 suscitó el problema de la ley aplicable a los efectos sucesorios de un *trust mortis causae* constituido en el Estado de Arizona que era paralelo a un testamento otorgado por la misma persona en el mismo Estado dándose la circunstancia de que el causante

---

<sup>76</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho internacional privado* (policopiado), Madrid, UAM, 1982–1983, pp. 226–227.

<sup>77</sup> Vid., por todos, B. UBERTAZZI, “El *trust* en el Derecho internacional privado italiano y español”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 199–219.

<sup>78</sup> Este ejemplo está incluido en el estudio de J.-L. JEGHERS, “Du *trust* a la *fiducie*”, *Relations familiales...*, *op. cit.*, pp. 431–479.

<sup>79</sup> H. MOTULSKY, “De l’impossibilité juridique de constituer un *trust* anglo-saxon sous l’empire de la loi française”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1948, pp. 451 ss.

<sup>80</sup> M.A. ASÍN CABRERA, “La ley aplicable al *trust* en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista General de Derecho*, n° 547, 1990, pp. 2089 ss, esp. p. 2095–2096; M. CHECA MARTÍNEZ, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw–Hill, 2000, pp. 118–129.

<sup>81</sup> S. GODECHOT, *L’articulation du trust et du droit des successions* (tesis), París, Éd. Panthéon–Assas, 2004, n° 267.

tenía bienes inmuebles en España. El Tribunal Supremo tras verificar la inexistencia de una norma de conflicto específica en el DIPr español acudió a la propia de las sucesiones (art. 9.8º Cc que remitía al Derecho de Arizona pero cuando pudo haber dado un paso adelante sobre la cuestión que estamos ahora examinando, en el sentido de considerar que el *trust* no es una institución desconocida en el sistema español, se limitó a aplicar las normas del Derecho material español por considerar que el Derecho extranjero no había sido suficientemente probado. Es de lamentar que no acudiese a la transposición de categorías propias de este ordenamiento calificando al *trust* por ejemplo como donación *mortis causae* considerando al beneficiario del mismo como heredero<sup>82</sup>.

Existe una vía convencional, aunque no muy extendida<sup>83</sup>, que se contiene en el art. 11 de la Convenio de La Haya de 1985 relativa a la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento y que contempla para Estados miembros el reconocimiento de ciertos efectos de la institución pese a que ésta no se contemple en su Derecho interno (recuérdese que este instrumento tiene efectos *erga omnes*). Debe tenerse en cuenta que este instrumento inaugura una nueva metodología que, prescindiendo de la comparación, pretende la inserción pura y simple de una institución en ciertos sistemas jurídicos que la desconocen<sup>84</sup>. La cuestión ha tenido un cierto tratamiento en Italia por encontrarse en esta situación.

#### E) Otros supuestos

22. Mas la transposición no es patrimonio exclusivo de los sectores indicados. La jurisprudencia alemana aporta el asunto del “Ferrari 208 Turbo”<sup>85</sup>. Un nacional italiano había adquirido un automóvil de esta marca en Italia y lo desplazó a una Feria comercial en Alemania poniéndolo a la venta; el vehículo fue comprado por una alemana ignorando que un banco italiano era el titular de una hipoteca automovilística y esta última entidad presentó en Alemania una demanda de restitución del vehículo. Se daba la circunstancia de que el Derecho alemán desconoce este tipo de hipoteca y de si ésta última permanecía tras el desplazamiento del Ferrari a Alemania El Tribunal federal alemán consideró que la demandada debía restituir el vehículo al banco efectuando una operación de transposición en el sentido de considerar que en el Derecho alemán la propiedad fiduciaria a los fines de garantía (*Sicherungseigentum*) correspondía funcionalmente a la hipoteca que se había establecido en Italia<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> AEDIPr, 2008/110 y nota de M. CHECA MARTÍNEZ.

<sup>83</sup> La Convención está en vigor en Australia, Canadá, Italia, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Países Bajos, Reino Unido y Suiza.

<sup>84</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 11–12; G.A.L. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé (Cours général de droit international privé)”, *R. des C.*, t. 229, 1991, pp. 373–374.

<sup>85</sup> *Bundesgerichtshof* 11 de marzo de 1991, *IPRax*, 1993, p. 176 ss y nota de K. KREUZER, *ibid.*, pp. 157 ss.

<sup>86</sup> E. JAYME, “Identité culturelle...”, *loc. cit.*, pp. 117–118; *id.*, *Transposition und Partiewille bei grenzüberschreitenden Mobiliarscherheiten*, *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1992, pp. 241–255.

## 2. Sustitución

### A) Caracterización

23. Al lado de la transposición, la sustitución radica en la utilización, para valorar una situación o un concepto prejudicial, de una determinada situación jurídica en el Derecho interno, no de los criterios propios del sistema que rige esta situación, sino de los conceptos o criterios de otra regida por un ordenamiento distinto; esto es, presupone que la ley aplicable ya ha sido determinada. Es, pues, una “conversión sustitutiva” que, una vez confrontadas dos o más instituciones pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, asiente en encontrar un equivalente funcional de la situación jurídica, que constituye el presupuesto de su eficacia. La equivalencia posee en este caso un carácter material y concreto buscando el acomodo entre objetivos y medios pero siempre a partir de la aplicación de la ley extranjera<sup>87</sup>. El supuesto se produce cuando es preciso sustituir, respecto de una relación de Derecho interno considerada por el ordenamiento del foro como cuestión prejudicial de un determinado efecto, una relación jurídica análoga establecida conforme al Derecho extranjero<sup>88</sup>. Su admisibilidad supone una apreciación favorable de la referida equivalencia funcional de la institución extranjera, una cierta similitud de los efectos jurídicos en los sistemas en presencia<sup>89</sup>, por parte del juez que no podrá ignorar el Derecho comparado como factor convincente. Y debe dejarse constancia de que la “revitalización” del tratamiento doctrinal de la sustitución se ha confirmado por el incremento del denominado “método del reconocimiento” en el DIPr<sup>90</sup>.

La prueba es que la figura que estamos estudiando ha sido objeto de una consideración especial en la Sesión de Santiago de Chile (2007) del Instituto de Derecho Internacional en el sentido de que permite a una relación jurídica o a un acto establecido el amparo de una determinada ley producir total o parcialmente efectos vinculados a una relación jurídica o a un acto similar constituidos al amparo de la ley de otro Estado. Dicha operación supone tener presente la noción de equivalencia que debe aplicarse a partir de una comparación funcional entre las disposiciones de la ley rectora de los efectos de la relación jurídica o del acto y la ley donde se han constituido dicha relación jurídica o acto; pero no exige que las leyes en presencia sean idénticas siendo suficiente una similitud de finalidades y de intereses<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Cf. B. ANCEL y H. MUIR-WATT, nota citada, pp. 700–701.

<sup>88</sup> H. LEWALD, *loc. cit.*, p. 132.

<sup>89</sup> W. WENGLER, “Die Vorfrage im Kollisionsrecht”, *Rebels Zeitschrift*, vol. 8, 1934, pp. 160 ss.

<sup>90</sup> *Vid.* P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification : quelques conjectures”, *Rebels Zeitschrift*, vol. 68, 2004, pp. 225 ss, esp. pp. 229–235; P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, *op. cit.*, pp. 547 ss, esp. pp. 554 ss.

<sup>91</sup> *Annuaire de l’IDI*, Justitia et Pace. Session de Santiago, vol. 72, 2007, 1<sup>re</sup> Commission: “La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé” ([http://www.idi-iiil.org/idiF/annuaireF/premiere\\_commission.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/annuaireF/premiere_commission.pdf)).

## B) Derecho de la persona: disparidad del régimen de los apellidos

24. La jurisprudencia alemana ha acudido al mecanismo de la sustitución para solucionar cuestiones de coordinación de diversos ordenamientos jurídicos concurrentes. Baste atender que el empleo de dicho mecanismo se ha registrado en orden a la disparidad del régimen de los apellidos en los distintos sistemas y en concreto a la asimilación del existente en España<sup>92</sup>. El Tribunal federal se pronunció al efecto en relación con el apellido de un menor hijo de madre alemana y de padre español<sup>93</sup>; en este caso el matrimonio no habían adoptado el sistema vigente en Alemania de “apellido común” y, de conformidad con las normas alemanas vigentes en la época los padres podían optar entre el apellido del padre o el de la madre y, en defecto de tal elección, el niño llevaría el apellido paterno como así ocurrió. No obstante, de conformidad con el Derecho español los españoles tienen dos apellidos y no uno y, así las cosas, el Tribunal suscitó el empleo de la sustitución del sistema alemán (un apellido) por el español (dos apellidos), llegando a una solución negativa porque únicamente el primero de los apellidos correspondía funcionalmente al apellido familiar del Derecho alemán. La importancia de la decisión estriba en que la sustitución de una categoría de la ley aplicable por un *Rechtserscheinung* establecido por una legislación extranjera depende exclusivamente de una equivalencia funcional para cuya determinación el juez debe acudir a la ley aplicable en la que se contengan los elementos válidos para llevar o no a cabo la sustitución de la categoría jurídica controvertida. Con posterioridad el mismo tribunal ha tomado en consideración el cambio de la función del apellido familiar en el Derecho alemán y ha permitido a una alemana llevar los dos apellidos de su marido peruano, también sobre la base de la existencia de una equivalencia funcional<sup>94</sup>.

## C) Equivalencia funcional en los supuestos de crisis matrimonial

25. Esta equivalencia, más funcional que orgánica, está muy presente en los supuestos de aceptación en el foro de resoluciones relativas a crisis matrimoniales, como puede comprobarse en un conocido asunto de la jurisprudencia libanesa de hace unos años que tuvo que enfrentarse a las soluciones establecidas en el Derecho estadounidense ante el silencio del Derecho de este país. Se trataba del reconocimiento del divorcio de un matrimonio de dos norteamericanos. El Tribunal de apelación de Beirut debía aplicar la ley del Estado de Nueva York; sin embargo dicha ley exigía con carácter previo una conciliación ante un organismo específico que no tenía equivalente en la legislación libanesa y dicha conciliación, al vincularse al fondo del litigio, era de obligado cumplimiento. Para solventar esta dificultad

<sup>92</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Aspectos recientes del nombre de las personas físicas en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. XXXIII, 1981, pp. 597–624.

<sup>93</sup> *Bundesgerichtshof* 4 de octubre de 1989, *BGHZ* 109, p. 1.

<sup>94</sup> *Bundesgerichtshof* 23 de diciembre de 1998, *IPRax* 2000, p. 428; *vid.* R. HEPTING y M. BAUER, “Spanische Doppelnamen im deutschen Namensrecht – die letzte Kehrtwende der Rechtsprechung?”, *IPRax*, 2000, pp. 394 ss. *Vid.* A. LARA AGUADO, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, pp. 264–270.

el referido Tribunal encontró una vía de solución en el sentido de confiar el requisito de la conciliación previa a su Presidente<sup>95</sup>.

La pretensión de sustituir los efectos de la separación matrimonial por los propios del divorcio en otro sistema jurídico que reconoce esta figura ha sido paradigmática en una época en la que no se admitía esta figura en algunos sistemas salpicando la práctica europea durante muchos años. Sin ir más lejos, dicha pretensión fue admitida por la jurisprudencia suiza, asimilando al divorcio una separación de cuerpos ilimitada en el tiempo, pronunciada por los tribunales italianos, a los meros efectos pecuniarios<sup>96</sup>. El fallo suizo tuvo la virtud de superar una línea marcada por los tribunales franceses de los años veinte como evidenció el asunto *Ferrari*; dicho caso contemplaba a dos esposos de nacionalidad italiana que se separaron conforme a este ordenamiento adquiriendo posteriormente la nacionalidad francesa y, al amparo del Derecho francés que lo admitía, trataron de convertir su separación conyugal, obtenida en el marco de un ordenamiento que impedía la indisolubilidad del matrimonio, en divorcio<sup>97</sup>.

Si bien la sustitución toma en consideración la competencia respectiva de dos leyes en presencia no puede asegurar que la ley objeto de sustitución produzca en la institución el mismo efecto que el de la ley descartada. Esto sucedió en el asunto *Ghattas*<sup>98</sup> en el cual dos libaneses cristianos casados civilmente en Francia solicitaron allí en divorcio. Como la ley libanesa aplicable al divorcio no lo admitía la *Cour de cassation* utilizó el argumento de que, de conformidad con esta ley el matrimonio era nulo por razones de forma, toda vez que los cristianos únicamente podían casarse de forma religiosa, y declarar competente la ley francesa. Consecuentemente, los efectos de una institución no pueden ser contemplados de conformidad con una ley única que no la tengan por válida<sup>99</sup>.

#### D) Sustitución de instituciones sucesorias

26. El Derecho sucesorio también ofrece ejemplos ilustrativos de sustitución. Una primera hipótesis de sustitución la brinda el caso de una sucesión legítima en

---

<sup>95</sup> Tribunal de apelación de Beirut 18 de abril de 1974, *Journ. dr. int.*, 1979, pp. 402–405, inserta en la crónica de P. GANNAGÉ.

<sup>97</sup> Como puso de relieve la sentencia de la *Cour de cassation* (Ch. civ.) 6 de julio de 1922, cuando no se ha pronunciado en el extranjero ninguna sentencia de carácter contencioso pues la separación de los esposos fue por consentimiento mutuo, semejante separación no puede “respecto de la ley francesa única aplicable al caso, servir de base a una sentencia de conversión”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1922–1923, pp. 444 ss; en su nota (pp. 461–465) A. PILLET criticó severamente el fallo incorporando una afirmación categórica: “en las cuestiones que son internacionales por las circunstancias en que se han producido, las únicas soluciones definitivas son las que derivan de la aplicación de un principio internacional”. *Vid.* B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 12, pp. 103 ss.

<sup>98</sup> Sentencia *Cour de cassation* (Civ.) 25 de febrero de 1947, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1947, pp. 444 ss y nota de J.P. NIBOYET.

<sup>99</sup> P. MAYER y V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 187.



el que la ley aplicable determina el régimen de la transmisión y también si el cónyuge, los hijos adoptivos, etc. serán considerados como herederos; se fija así la relación entre el *de cuius* y ciertas personas llamadas por la ley a la sucesión; mas el estatuto sucesorio no decide si esta relación querida por la ley se da en cada caso concreto pues la determinación del cónyuge, hijos, etc. depende del Derecho de familia y éste puede quedar regido por un sistema extranjero. Es el caso de una sucesión regida por el Derecho portugués en la que concurre entre los llamados a la herencia un hijo adoptivo cuya filiación ha sido configurada conforme con un Derecho extranjero que la regula de manera diferente; la solución está función de la equivalencia de la adopción extranjera con la portuguesa que va a determinar, precisamente, los derechos sucesorios del hijo adoptivo. El DIPr clásico cuenta con el conocido asunto *Ponnoucannammale c. Nadimoutoupouille*, en el que una sucesión regulada por la ley francesa se discutía si podría admitirse a efectos sucesorios una adopción establecido conforme al Derecho hindú, que ha sido utilizado como ejemplo paradigmático de “cuestión preliminar”<sup>100</sup>. El problema que se origina en el fondo de la cuestión previa se refiere, precisamente, a la sustitución supuesto de hecho de la norma de conflicto: si la institución adoptiva hindú no fuese equivalente a la adopción tal y como era concebida por el legislador francés, no integraría el presupuesto de la norma sucesoria del Derecho material francés que atribuía a los hijos adoptivos determinados derechos sucesorios; sin embargo, si la adopción hindú fuera equivalente a la adopción francesa, sería la ley hindú, y no la ley francesa, la que determinase la validez de la constitución de dicha adopción, el control de los requisitos formales, etc., cuya solución, en caso de determinar, por ejemplo, la invalidez de la constitución de la adopción, tendría iguales consecuencias sobre la solución del caso concreto.

Otra hipótesis es susceptible de producirse si el Derecho del foro atribuye derechos hereditarios a los hijos naturales reconocidos ¿se trata tan sólo a los reconocidos de acuerdo a los criterios del sistema del foro o, también, según los criterios de otros ordenamientos? Especial relevancia posee como problema de “sustitución”, en la jurisprudencia española, el supuesto de hecho de la Sentencia Tribunal Supremo 11 de febrero de 1952 (*Poch Sagnier / Poch Casola y otros*) en relación con la partición y adjudicación de bienes legados por un nacional francés mediante testamento hecho en España, que nos conduce ante una eventual contradicción entre la ley rectora de la sucesión (francesa, dada la nacionalidad del *de cuius*) y la ley española, que se consideraba aplicable en orden a la ejecución de las disposiciones testamentarias y, al amparo de ésta, se confirma la decisión del ejecutor del testamento, que alteraba lo dispuesto en éste<sup>101</sup>.

Por fin, resulta obligada aquí la referencia al asunto *Makhlouf*<sup>102</sup> donde, a pesar de la inexistencia del matrimonio de los padres en el ordenamiento donde este se

<sup>100</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1932, pp. 526 ss y nota de J.P. NIBOYET.

<sup>101</sup> *CLJC*, t. 23, 1952, pp. 514 ss.

<sup>102</sup> *Cour de cassation (I<sup>re</sup> ch. civ.)* 3 de junio de 1998, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 652 ss y nota de B. ANCEL.

realizó, Francia, el hijo fue legitimado de conformidad con la ley argelina, aplicable a la filiación, de suerte que el caso no se dio entrada a una eventual “superioridad natural” de la ley francesa respecto de la ley extranjera<sup>103</sup>.

#### IV. Adaptación de las normas de conflicto

##### 1. Contradicción normativa entre los Derechos aplicables

###### A) Caracterización

27. Si las anteriores situaciones reclaman un importante componente de Derecho comparado la que vamos a estudiar ahora se sitúa en el epicentro del conflicto de leyes poniendo de relieve como éste no debe contribuir a la deslocalización de las realidades jurídicas internacionales, sino en el suministro de los recursos efectivos para organizar la coexistencia de los sistemas jurídicos nacionales<sup>104</sup>. En ciertas ocasiones la relación jurídica sometida, para alguno de sus efectos, a una ley distinta de la *lex causae* puede dar lugar a resultados diversos de los preconizados por ésta; ello es consecuencia de la acción de normas procedentes de ordenamientos distintos que tienen vocación para regular el supuesto controvertido. El Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto bilateral se enmarca en un ámbito jurídico propio y cabe la posibilidad de que su aplicación sea factible para una categoría jurídica pero no para otra<sup>105</sup>. La adaptación *strictu sensu* supone la necesidad de modificar el menos una de las leyes aplicables de las que concurren en el supuesto para evitar que la aplicación concurrente de esos ordenamientos conduzca a resultados poco deseables<sup>106</sup>.

Las causas que avalan el recurso a este mecanismo se centran en la aplicación de forma conjunta o sucesiva de dos ordenamientos jurídicos designados por las normas de conflicto del sistema de DIPr del foro y una contradicción normativa entre los Derechos aplicables, que afecta a los derechos subjetivos o facultades de las partes. Hay un problema de adaptación cuando a distintas partes de un caso se aplican Derechos diferentes con soluciones contradictorias, como consecuencia de la superposición de normas. Si un inglés domiciliado en Argentina fallece dejando una sucesión mobiliaria, dicha sucesión se regirá por la ley argentina; no obstante si el domicilio conyugal estaba en Inglaterra el tiempo del matrimonio será la ley inglesa la que determine el régimen matrimonial. El Derecho inglés establece el régimen de separación de bienes y no otorga a la esposa Derecho alguno sobre las ganancias realizadas por el marido durante la vida en común, compensando esto con su Derecho sucesorio, en el que reconoce a la viuda una vocación hereditaria.

<sup>103</sup> B. ANCEL, *ibid.*, p. 657.

<sup>104</sup> H. BATIFFOL, “Réflexions sur la coordination...”, *loc. cit.*, p. 188.

<sup>105</sup> G.A.L. DROZ, “Regards sur le droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 368–374.

<sup>106</sup> Cf. Y. LEQUETTE, “Ensembles législatifs et droit international privé des successions”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1983–1984)*, p. 163.

Por el contrario, la ley argentina otorga a la viuda la mitad de los bienes en la liquidación de la sociedad conyugal y le deniega vocación sucesoria sobre esos bienes en presencia de parientes cercanos. En este caso la viuda no recibiría nada en la liquidación de bienes del matrimonio (Derecho inglés) ni en la sucesión (Derecho argentino) lo que contradice con el espíritu que anima ambos ordenamientos. Resulta menester encontrar una técnica que solucione esta situación.

Dicha técnica aparece indefectiblemente, en la última fase de aplicación de la norma de conflicto, a saber, al insertar en el foro las normas materiales contenidas en ordenamientos jurídicos diferentes. En este sentido, la adaptación se erige como un recurso que actúa no en el proceso de selección o localización de la ley aplicable, sino en un momento posterior de “armonización de los distintos Derechos materiales”, que han resultado designados por el sistema conflictual, a partir de la aplicación de leyes materiales equivalentes. Efectivamente, la adaptación responde a la consecución del “principio de armonía material de soluciones”<sup>107</sup>; se trata de “hacer coexistir sistemas jurídicos diferentes”. Es bien conocido el gráfico símil de W. Wengler quien, metafóricamente, compara la adaptación con un intento de hacer coincidir y funcionar distintas piezas de una bicicleta o automóvil, procedentes de modelos o fabricantes distintos<sup>108</sup>. Sin embargo, el fin último de la técnica no consiste en un simple ajuste normativo o conceptual (contradicción lógica), requerido por las diversas concepciones de los ordenamientos jurídicos en presencia, sino que puede obedecer, en último término, a una introducción de valores en la respuesta a determinados conflictos de intereses presentes en un supuesto de tráfico externo que, según los casos, persigue que la convivencia de los sistemas se traduzca en la continuidad de las relaciones privadas, en la seguridad de las mismas o, sencillamente, en la evicción de un resultado injusto (contradicción teleológica).

28. La norma de conflicto acostumbra a contemplar una situación “unitaria”, reguladora de un concreto supuesto de hecho, que nos conduce a una “única” ley material aplicable; dicho en otros términos: parte de un supuesto de hecho unitario, que queda sometido, en virtud de la remisión operada por la norma de conflicto del foro, a un solo ordenamiento jurídico. Así, por vía de ejemplo, si tomamos como supuesto de hecho el regulado por el art. 13.II CCDF, “el estado y capacidad de las personas físicas” éste queda regulado, en el sistema mexicano de DIPr por la “por el Derecho del lugar de su domicilio”; de esta suerte para determinar si un extranjero es capaz en orden a la realización de un acto jurídico será la ley de su domicilio la que otorgue la respuesta (eliminado el eventual problema del reenvío). Sin embargo, en múltiples ocasiones, la regulación del problema presenta una mayor complejidad.

---

<sup>107</sup> Sobre el ámbito del principio *vid., inter alia*, P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questione preliminari nel diritto internazionale privato*, Nápoles, Jovene, 1971, pp. 27 ss.

<sup>108</sup> W. WENGLER, “The General Principles of Private International Law”, *R. des C.*, t. 104, 1961, p. 407.

En primer término, debe tenerse en cuenta que cualquier supuesto de hecho con elemento extranjero –o, si se quiere, cualquier relación privada internacional– aún cuando constituya una unidad jurídica, puede ser fraccionada por el legislador, a los fines de su regulación por el DIPr. Esta técnica de regulación (que los autores franceses denominan *dépeçage*) consiste en la escisión o separación de los distintos aspectos o elementos constitutivos de una situación o relación jurídica, cada uno de los cuales queda regido por una norma distinta de DIPr. Así, respecto de un contrato internacional, cabe que un sistema de DIPr establezca una norma de conflicto distinta para determinar la capacidad de las partes (ley nacional), para la forma del acto (ley del lugar de la celebración), para el contenido del negocio jurídico (ley de autonomía), para sus efectos (ley del lugar del cumplimiento de la obligación), etc. Este método analítico de regulación, al fraccionar el supuesto y someter cada uno de sus aspectos a distintas normas de conflicto, puede acarrear la consecuencia de que el juez deba aplicar estas diferentes normas de DIPr, que remiten a dos o más ordenamientos extranjeros; sistemas que deben ser aplicados, de forma simultánea, para obtener una solución global del supuesto de hecho considerado.

En segundo lugar, hay que tener presente que las distintas instituciones jurídicas poseen una conexión sustancial, de manera que la solución de un problema entraña, frecuentemente, el examen de otros con los cuales se halla relacionado. Por ejemplo, de conformidad con el art. 14.IV CCDF “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última”. Pero a lado de la respuesta que pueda efectuarse al problema de la “cuestión preliminar”, existe otro aspecto del problema, que es el aquí considerado: la relación sustancial entre dos o más instituciones, en orden al resultado final de la respuesta que el Derecho ofrece. En un supuesto homogéneo (tráfico interno), la conexión entre instituciones, en orden al resultado, aparece asegurada; pero cuando intervienen dos o más sistemas jurídicos, la justicia en el resultado puede verse alterada.

Si tomamos otro ejemplo de regulación unitaria, *v.gr.* sucesiones, cabe que una persona, con nacionalidad del Estado A, celebre matrimonio con otra, quedando el régimen económico de la familia regido por este ordenamiento. Posteriormente, dicha persona adquiere la nacionalidad del Estado B, falleciendo como nacional de B. Ambas cuestiones (“sucesión por causa de muerte” y “relaciones patrimoniales entre cónyuges”) aparecen regidas en muchos sistemas de DIPr por normas distintas, que toman en cuenta la misma conexión (nacionalidad) en distintos momentos (“en el del fallecimiento”, para sucesiones; “al tiempo de la celebración del matrimonio para el régimen económico de la familia) de suerte que, será preciso aplicar una ley material distinta, para cada problema; y los distintos ordenamientos aplicables pueden diferir, en cuanto al resultado, en la regulación de las dos cuestiones:

en el ordenamiento A, el régimen legal es el de separación de bienes y, en tal caso la viuda adquiere, a título sucesorio, una cuota importante; en B, en cambio, existe comunidad de bienes y, como la vida adquiere a este título, es muy reducida la cuota que le corresponde a título sucesorio. Al someter estas dos cuestiones sustancialmente conexas a dos ordenamientos jurídicos de diferente estructura (A y B) la respuesta jurídica de cada uno de ellos queda rota.

29. En cualquiera de las hipótesis anteriores, existe una pluralidad de ordenamientos aplicables, ya sea para regir los distintos aspectos de una misma institución, o dos instituciones entre las cuales el Derecho establece, en orden al resultado, una conexión sustancial. Ahora bien, como dentro de cada sistema jurídico sus soluciones han sido dictadas para supuestos homogéneos, con una conexión sustancial en cuanto al resultado, la toma en consideración de aspectos separados, de uno u otro sistema, o aplicar conjuntamente dos de ellos de forma sucesiva es susceptible de producir una contradicción normativa (*normenwiderspruch*, en la doctrina alemana) en cuanto a sus soluciones.

Uno de los casos más paradigmáticos lo ofrece la jurisprudencia belga. La madre natural, de nacionalidad belga, y el padre adulterino, de nacionalidad italiana, solicitaron la adopción plena de su hijo. De conformidad con el Derecho italiano aplicable al caso la legitimación por adopción era imposible por existir un vínculo biológico entre las partes, aunque admitía la legitimación por matrimonio. Ahora bien, de conformidad con la norma de conflicto belga esta última legitimación era imposible por el hecho de existir una relación adulterina, aunque este ordenamiento admite la adopción plena. El Tribunal de Menores de Lieja teniendo en cuenta los objetivos de los dos Derechos en presencia, esto es, la admisión de la legitimación en contextos institucionales distintos, admitió la solicitud de los padres; y lo hizo adaptando el Derecho material italiano al Derecho belga “en equidad y para una sana justicia”<sup>109</sup>.

El Derecho de sociedades suministra otro ejemplo categórico: Ante las limitaciones de la responsabilidad de los accionistas algunos sistemas estatales protegen los intereses de los terceros que contratan con la sociedad a través de reglas imperativas que establecen un mínimo de capital social y garantías para disponer del mismo; sin embargo, en otros sistemas se permite a los terceros levantar el velo de la sociedad. Consecuentemente de la aplicación de normas de conflicto distintas (*v.gr.* la *lex societatis* o la *lex loci delicti*) podemos encontrarnos ante un vacío legal o una doble reglamentación de la relación jurídica. En concreto, si la sociedad se rige por el Derecho de un Estado que sigue la primera de las opciones apuntadas y ha producido un perjuicio a un tercero en un Estado que mantiene la segunda opción nos hallaremos ante una doble reglamentación y los perjudicados podrán benefi-

---

<sup>109</sup> Sentencia Tribunal de Menores de Lieja 17 junio 1974; *vid.* el estudio de M. FALLON donde se felicita por la correcta aplicación de la institución que estamos estudiando (*Cf.* “La théorie de l’adaptation...”, *loc. cit.*, p. 135).

ciarse de las normas relativas al capital mínimo y al levantamiento del velo; pero en la hipótesis contraria el resultado sería un vacío normativo<sup>110</sup>.

30. Teniendo muy presentes las consideraciones anteriores no resulta aventurado ofrecer una caracterización general de los problemas de adaptación englobando dentro de este término aquellos supuestos en los cuales la aplicación concurrente de dos o más sistemas materiales conduce a una contradicción normativa, por carencia o acumulación de normas respecto de una misma cuestión. De esta suerte el juez, para establecer la coherencia del sistema de DIPr, debe proceder a una adaptación entre estas normas de distintos ordenamientos eliminando tal contradicción, para una justa solución del problema. Más concretamente, “adaptar” implica atenuar o modificar las consecuencias jurídicas previstas en dos o más ordenamientos materiales diversos, simultáneamente reclamados por la norma de conflicto del foro, por la imposibilidad de aplicarlos en su integridad dado su carácter contradictorio.

Así concebida, la institución registra tres elementos esenciales. En primer lugar, un litigio con elemento extranjero en el cual los distintos aspectos de la relación, o de dos relaciones entre sí dependientes, ponen en marcha la aplicación de distintas normas de conflicto, que reclaman distintos Derechos materiales para su regulación. En segundo lugar, la existencia de una contradicción normativa entre esos ordenamientos, ya sea por carencia de regulación o por cúmulo. Por último, la necesidad por parte del juez de restablecer la coherencia del sistema de DIPr solucionando tal contradicción normativa. Configurada así, la institución estudiada puede ser un instrumento esencial para combatir el excesivo formalismo del método de atribución y para procurar un resultado funcional acorde con la justicia material<sup>111</sup>.

Esta contradicción en orden a las respuestas que los distintos sistemas ofrecen puede presentar dos dimensiones distintas. En primer lugar, la carencia o vacío de regulación jurídica. Al ser esencial para la regulación de ciertas situaciones el factor tiempo, cabe que cada uno de los sistemas susceptibles de aplicación regule el supuesto en momentos distintos y contradictorios y que la persona al pasar de uno a otro sistema quede sin una respuesta jurídica; o porque uno y otro sistema exijan ciertos requisitos para el ejercicio de un derecho, entre sí contradictorios. En segundo lugar, la existencia de un cúmulo de regulaciones para el mismo problema en ambos sistemas entre sí contradictorios o que conducen a resultados finales que son sustancialmente injustos. En ambos supuestos si consideramos que la función global del DIPr es ofrecer una respuesta única y justa a una relación privada internacional, tal función queda seriamente comprometida. Por tanto, si hemos de dar aplicación a distintas leyes extranjeras en el foro, simultáneamente llamadas a regular un supuesto de la vida privada internacional, el juez ha de buscar la coherencia normativa y eliminar la contradicción por carencia de regulación o por cúmulo

---

<sup>110</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification...”, *loc. cit.*, pp. 205–206.

<sup>111</sup> T. B. DE MAEKELT, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 297.

de soluciones contradictorias. El principio de coherencia está en la base de cualquier ordenamiento jurídico y no es una excepción en el DIPr.

Los referidos “resultados poco deseables” están en función de las causas o de la naturaleza de la dificultad. Un primer arquetipo de “inadaptación” se produce cuando se da en el tiempo una sucesión de leyes diferentes reguladoras ambas el mismo problema jurídico. El ejemplo clásico es el caso de la viuda suiza, objeto de una célebre Sentencia del Tribunal de Venecia de 30 de enero de 1932<sup>112</sup>. En el asunto se trataba de una viuda, de nacionalidad suiza, que adquirió la nacionalidad italiana por ulterior matrimonio con una persona de dicha nacionalidad. La administración de los bienes de los hijos del primer matrimonio, celebrado en Suiza y regido por el Derecho suizo, correspondía, según este último sistema, a la viuda hasta el momento de su segundo matrimonio y por la ley italiana le correspondía igualmente. De conformidad con la ley italiana para atribuir a la viuda en segundas nupcias la administración de los bienes era menester reunir al consejo de familia. Mas tal requisito no podía cumplirse porque antes del matrimonio tal persona era aún suiza y lo le era aplicable el Derecho italiano y el Derecho suizo, que lo admite, no sería aplicable con posterioridad al matrimonio no sería aplicable por haber adquirido ya esa persona la nacionalidad italiana.

#### B) Determinación de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite

31. La complejidad aparente del funcionamiento de la técnica de adaptación en sentido estricto resultara fácilmente comprensible sobre un supuesto clásico de inadaptación que se produce al determinar los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. Aquí la ausencia de un derecho matrimonial comporta la existencia de un derecho sucesorio y, por el contrario, la existencia de un derecho matrimonial implica la ausencia de un derecho sucesorio<sup>113</sup>. Es bien sabido que dichos derechos dependen en su cuantía del tipo de régimen económico matrimonial y del beneficio que su disolución conlleva en cada caso; así, mientras que un régimen económico matrimonial de separación de bienes conlleva mayores beneficios en la sucesión para el cónyuge supérstite, un régimen de comunidad de bienes implica un efecto contrario en sus derechos sucesorios. El hecho de que, en una evidencia de tráfico externo, el régimen económico matrimonial y la sucesión puedan quedar regidos por ordenamientos distintos introduce la posibilidad de supuestos de inadaptación que conlleven un beneficio injustificado de los derechos del cónyuge viudo en detrimento de los demás herederos o, al contrario, una lesiva reducción de tales derechos<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> Sentencia 30 de enero 1932, *Riv. dir. int.*, 1932, pp. 106 ss; *vid.* los comentarios de G. CANSACCHI, *loc. cit.*, pp. 131–133.

<sup>113</sup> Cf. B. ANCEL, “L’objet de la qualification”, *loc. cit.*, 1980, p. 238.

<sup>114</sup> Dentro de la amplia bibliografía existente que comenzó a considerar esta materia *vid.* G.M. UBERTAZZI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 1951, pp. 27 ss y 126 ss. En la doctrina española destaca el estudio de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, *Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano*

Un supuesto de resultado inadecuado por aplicación de dos leyes distintas a dos aspectos distintos de la situación litigiosa lo ofrece, en la jurisprudencia española, el asunto *Tarabusi / Tarabusi* objeto de una Sentencia del Tribunal Supremo 30 de junio de 1960. El Sr. Tarabusi, de nacionalidad italiana contrajo matrimonio en España en 1940 con una española sin establecer capitulaciones matrimoniales falleciendo catorce años después. Conforme a la norma de conflicto española vigente en aquellos momentos (art. 1325 Cc) el régimen de bienes en el matrimonio se regía por la ley nacional de marido por lo que era de aplicación la ley italiana que estipulaba como régimen matrimonial el de separación de bienes, pero concediendo a la viuda derechos en la sucesión del cónyuge fallecido. Ahora bien la sucesión se regía en España por la ley nacional del *de cuius* al tiempo del fallecimiento partiendo del postulado del régimen legal de gananciales en el matrimonio, concediendo derechos limitados a la sucesión del cónyuge supérstite.

Tanto en este asunto como en el de la “viuda suiza” el problema es similar: cada sistema establece soluciones correlativas para la dualidad de problemas derechos sucesorios del cónyuge supérstite / régimen de bienes en el matrimonio. De manera que si en el primer caso no se atribuyen derechos sucesorios la razón es porque se parte de una comunidad de bienes o de gananciales; por el contrario, en los sistemas en que la regla es la separación de bienes en el matrimonio, suelen atribuirse derechos sucesorios al cónyuge supérstite. Así las cosas la “inadaptación” puede producirse en dos hipótesis. La primera, es el paso del segundo sistema, rector de los bienes, al primero, rector de las sucesiones; en este caso el cónyuge supérstite percibe limitados o nulos derechos, tanto a título de régimen legal de bienes (separación) como a título sucesorio: el asunto *Tarabusi / Tarabusi* sumamente expresivo. La segunda implica el paso del primer sistema al segundo: el cónyuge supérstite recibe derechos tanto a título de régimen de bienes (comunidad de gananciales) como a título sucesorio, en perjuicio de los hijos.

Más recientemente la Sentencia Audiencia Provincial de Asturias 29 de julio de 2005 se enfrentó a un problema de sucesión *ab intestato* de un venezolano casado con española posteriormente divorciado en Venezuela, pero consideró que la actora no acreditó que se le hubiese privado de derecho sucesorio alguno de conformidad con la ley venezolana y aplicó al caso en su totalidad esta última ley<sup>115</sup>.

---

García, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131–158, esp. pp. 139–144. *vid.*, asimismo, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 238–244.

<sup>115</sup> AEDIPr, 2005/115.



32. Un segundo caso de “inadaptación” se produce cuando se aplican dos leyes distintas a dos aspectos disímiles de una misma situación litigiosa, por lo general como consecuencia de la contradicción entre el régimen de bienes en el matrimonio y la reglamentación de las sucesiones. Supongamos que la ley X atribuye al cónyuge superviviente una cantidad de 90 en la disolución del régimen matrimonial y, por tanto, sólo 10 en la sucesión. En contrapartida, la ley Y le atribuye 10 en la disolución del régimen económico y 90 en la sucesión. Si aplicamos a ambos aspectos la ley X, el cónyuge percibiría 100. La misma cantidad recibiría si aplicásemos a ambas cuestiones la ley Y. Pero en DIPr la disolución del régimen económico del matrimonio y la sucesión suelen o pueden regirse por leyes distintas. Si aplicamos la ley X a la disolución del régimen económico y la ley Y a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, éste percibiría 180; en el supuesto inverso, sólo 20. Ambas soluciones son incoherentes por exceso y por defecto, y llegan a resultados no queridos por ninguno de los ordenamientos en presencia. La causa de la incoherencia es la aplicación de dos leyes distintas a dos aspectos interrelacionados: si la ley X prevé 90 en la disolución del régimen económico del matrimonio, es porque cuenta con los 10 del régimen sucesorio. Si la ley Y prevé 10 para el primer aspecto, es porque prevé la atribución de 90 en la sucesión. La aplicación de dos leyes distintas produce, entonces, el desajuste<sup>116</sup>.

## 2. Soluciones generales en presencia

33. Mayor complejidad ofrecen las soluciones para los supuestos de adaptación propiamente dichos. Tres son, en principio, las alternativas posibles utilizar el juez para resolver la eventual contradicción normativa existente entre dos sistemas jurídicos extranjeros<sup>117</sup>:

A) Aplicación de la *lex civilis fori* para lo cual el juez elimina decididamente el desacuerdo de los ordenamientos jurídicos extranjeros. Semejante respuesta encuentra justificación en los sistemas conflictuales en un principio vinculado con la aplicación del Derecho extranjero en el foro que no es otro que, en caso de “imposible aplicación” de un sistema extranjero, el juez debe dar aplicación a la *lex fori* a título de la denominada “competencia residual”; y, por descontado, también encuentra justificación en los sistemas *legeforistas*<sup>118</sup>. A su lado se han ofrecido argumentos bastante convincentes que justifican la posición negativa a partir de una interpretación estricta de la función judicial en el DIPr. Se sostiene así que el juez

<sup>116</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Cívitas, 1996, p. 377.

<sup>117</sup> E. VITTA, *op. cit.*, pp. 478–488.

<sup>118</sup> A.A. EHRENZWEIG, *Private International Law*, I, 2ª ed, Leyden, Sijhoff–Oceana, 1972, pp. 103–104.

no posee facultades para proceder a una eventual adaptación entre los sistemas materiales extranjeros declarados aplicables por las normas de conflicto del foro, ni, desde otra perspectiva, para dejar de aplicar una norma de conflicto del foro, en beneficio de otra, sometiendo al Derecho designado por esta última la totalidad de los problemas objeto de la decisión. Por consiguiente, habida cuenta de que la función judicial consiste en la aplicación del Derecho y no en su creación, el problema desborda el mandato del legislador contenido en las normas de su propio sistema de DIPr, a menos que una norma expresa de dicho sistema atribuya al juez expresa facultad o mandato para realizar la operación de adaptación.

B) Modificar la aplicación de las normas de conflicto del foro, prescindiendo de uno de los sistemas extranjeros de suerte que el juez someta el asunto en su conjunto en su totalidad a uno de ellos con exclusión del otro; *v.gr.*, optando por considerar que se trata de un problema de régimen económico matrimonial o que se trata de un problema estrictamente sucesorio. Más concretamente, el juez retiene una norma de conflicto y descarta la otra, optando por someter ambas cuestiones a un mismo ordenamiento, dando prevalencia a una de las normas de conflicto y asegurando, de esta forma, la coherencia de la regulación final. Pero en este punto la doctrina no es pacífica en orden a justificar la elección. Ciertamente la Sentencia Tribunal Supremo 30 de junio de 1960 solucionó el problema suscitado en el caso *Tarabusi* recurriendo a la estratagema de que no se había probado el Derecho extranjero reclamado en materia sucesoria para aplicar las normas españolas sobre régimen económico matrimonial; pero aunque esta fue la *ratio decidendi* en todo el razonamiento del tribunal estaba la pretensión de incluir el conjunto de los problemas (régimen económico matrimonial y sucesiones) dentro de la norma de conflicto sobre sucesiones a título de ordenamiento últimamente aplicable. En el sistema español, esta vía es la seguida por el art. 9.8º *in fine* del Cc español tras su nueva redacción contenida en la Ley 11/1990 de 15 de octubre, al someter los derechos sucesorios del cónyuge superviviente a la misma ley que rige los efectos económicos del matrimonio<sup>119</sup>.

C) Modificar los Derechos materiales aplicables procediendo a una labor de adaptación a través de una aplicación parcial por el juez de cada uno de los sistemas en contradicción concediendo determinados efectos atribuidos por cada uno de ellos; *v.gr.* ante la contradicción cónyuge superviviente / sucesiones, atribuyendo los

---

<sup>119</sup> Esta solución no es compartida por la generalidad de la doctrina española acusándola de ser excesivamente rígida y no descender a los pormenores del caso concreto (E. ZABALO ESCUDERO, *La situación del cónyuge viudo*, Pamplona, 1993).

derechos propios del régimen económico de la familia por una ley o sistema extranjero y los derechos sucesorios de acuerdo al otro sistema, de manera que el resultado final sea el adecuado. *V.gr.* en el caso *Tarabusi / Tarabusi* se atribuirían a la viuda derechos a título de régimen de bienes y a título sucesorio, entendiendo que el sistema aplicable durante el matrimonio fue el de gananciales. El juez puede, para evitar tales desajustes, buscar una solución *ad hoc*, compaginando los respectivos Derechos materiales en juego, a través, por ejemplo, de la compensación de los derechos percibidos a tenor de ambos ordenamientos.

### 3. Respuestas de los sistemas de Derecho internacional privado

34. Contrasta el considerable tratamiento doctrinal al problema de la adaptación *lato sensu* y la variedad de supuestos que pueden quedar englobados en la misma con el silencio que guardan los sistemas nacionales en torno a las soluciones. Estas deben buscarse preferentemente por vía jurisprudencial o dentro regulaciones concretas que solucionan aspectos parciales, como la contenida en el art. 9.8º Cc español que, como se ha indicado, en un caso de “transposición” generado por un conflicto móvil impone inicialmente estar al ordenamiento anterior (ley nacional del causante en el momento del otorgamiento del acto) aunque tal solución es corregida respecto de las legítimas, ordenando, en interés de los legitimarios, el ajuste o adaptación con la ley de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento<sup>120</sup>.

35. Sin duda la regulación más notoria de la adaptación se recoge en el art. 9 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr, de 8 de mayo de 1979, a cuyo tenor:

Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

Dicha disposición, introducida a propuesta de la delegación venezolana en la CIDIP con una vocación de aproximación a los sistemas anglo-americanos, con el deseo de superar “imprevisibles desajustes para resolver los problemas de DIPr” y como “adecuada respuesta” a las críticas contra la utilización de reglas indirectas en este ordenamiento<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso...*, *op. cit.*, p. 231.

<sup>121</sup> G. PARRA ARANGUREN, “La Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, pp. 157–186, esp. p. 184.

El tenor del referido art. 9, fue insertado, como ya se ha indicado, con modificaciones de matiz, en el art. 14.IV CCDF<sup>122</sup> y en el art. y en el art. 7 de la Ley de DI-Pr venezolana de 1998 con la única matización de que esta última emplea el término “Derechos” en vez de “leyes”. Pero al margen de esta coherencia del legislador interno de Venezuela, que esta también presente, como se ha indicado, en el Anteproyecto mexicano de DIPr, debe resaltarse su favorable acogida en los otros ocho países latinoamericanos partes de la Convención: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay.

---

<sup>122</sup> Sobre el proceso de introducción de este precepto en el CCDF en la reforma del año 1988 y el papel que jugó la Academia Mexicana de Derecho Internacional de Derecho Internacional Privado *vid.* el estudio de J.A. VARGAS, “Conflictos de leyes en México: las nuevas normas introducidas por las reformas de 1988” (traducción de publicado en *The International Lawyer*, vol. 28, n° 3, 1994), *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 26, 1996pp. 619–656, esp. pp. 646–647; V.C. GARCÍA MORENO, “Reforma de 1988 a la legislación mexicana en materia de Derecho internacional privado”, *Libro homenaje a Haroldo Valladão. Temas de Derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 187–212, esp. pp. 197–198.